

Thomas Rep

Die Eignung der insolvenzrechtlichen
Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO
als Instrument der Insolvenzprophylaxe unter
spezieller Berücksichtigung der mittelständischen
GmbH

Thomas Rep

**Die Eignung der insolvenzrechtlichen
Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO
als Instrument der Insolvenzprophylaxe
unter spezieller Berücksichtigung der
mittelständischen GmbH**



**TECHNISCHE UNIVERSITÄT
CHEMNITZ**

**Universitätsverlag Chemnitz
2013**

Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Chemnitz, Techn. Univ., Diss., 2013

Technische Universität Chemnitz/Universitätsbibliothek
Universitätsverlag Chemnitz
09107 Chemnitz
<http://www.bibliothek.tu-chemnitz.de/UniVerlag/>

Herstellung und Auslieferung

Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG
Am Hawerkamp 31
48155 Münster
<http://www.mv-verlag.de>

ISBN 978-3-941003-88-0

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ch1-qucosa-114993>

Danksagung

Mein tiefempfundener Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Ludwig Gramlich sowie meinem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Rainer Bossert, die mir über den gesamten Zeitraum der Promotion hinweg mit ihrer professoralen Weitsicht eine Unterstützung angedeihen ließen, die getragen war von einer konstruktiven Offenheit bei der Entwicklung neuer Gedanken und Ideen und bei der auch motivierende Worte nicht zu kurz kamen.

Der wichtigste Dank gilt meiner Ehefrau, die mich im Verlauf der gesamten Promotion stets rückhaltlos unterstützte, all die Entbehrungen klaglos hinnahm und mit mir gemeinsam alle Höhen und Tiefen in dieser Zeit durchlebte. Meine Familie gab mir in dieser Zeit die moralische Unterstützung, die nötig ist, um ein Vorhaben dieser Art erfolgreich abzuschließen.

Zu guter Letzt gilt mein Dank in besonderer Weise meinem verstorbenen Vater, der immer an mich glaubte und mich damit in all dieser Zeit in Gedanken begleitete, im positiven Sinne inspirierte und nachhaltig beeinflusste.

Inhaltsverzeichnis:

Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis:	17
Verzeichnis der Abbildungen:	29
A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit	35
B. Die mittelständische GmbH im Spannungsfeld zwischen gesamtwirtschaftlicher Bedeutung und insolvenzrechtlicher Problematik	43
I. Begriff, Struktur und gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Mittelstands	45
1. Extension des Mittelstandsbegriffs	45
1.1. Quantitative Abgrenzungsmerkmale	46
1.2. Qualitative Abgrenzungsmerkmale	51
2. Struktur und gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Mittelstands	52
II. Die GmbH als „klassische“ Rechtsform des Mittelstands	55
1. Die GmbH	56
1.1. Die Absichten des Gesetzgebers	56
1.2. Erscheinungsformen der GmbH	58
1.3. Konstitutive Merkmale der GmbH	61
1.3.1. Haftungsbeschränkung	62
1.3.2. Ausschluss der Börsenfähigkeit	63
1.3.3. Flexibilität	64
1.4. Die Akzeptanz der GmbH im internationalen Kontext	65
2. Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	66
2.1. Gesetzgebungsgeschichte	67
2.2. Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante der GmbH	69
2.3. Besonderheiten der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)	71
3. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung der mittelständischen GmbH	73
III. Charakteristische Problemfelder der mittelständischen GmbH	81
1. Suboptimales Risikomanagement	83

1.1.	Allgemeiner Stand des Risikomanagements im deutschen Mittelstand	83
1.2.	Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems	87
1.3.	Orientierungshilfen für ein Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen	91
1.4.	Entwicklungsstand des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen aus empirischer Sicht	93
1.4.1.	Studie Tritschler (2001)	95
1.4.2.	Studie Henschel (2003)	97
1.4.3.	Studie Höscher/Giebel/Karrenbauer (2006)	99
1.4.4.	Ergebnisauswertung der Studien	101
2.	Mangelhafte Eigenkapitalausstattung	103
2.1.	Die betriebswirtschaftliche und buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals	105
2.1.1.	Der betriebswirtschaftliche Kapitalbegriff	106
2.1.2.	Die betriebswirtschaftliche Dimension des Eigenkapitals	107
2.1.3.	Die buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals	113
2.2.	Eigenkapitalausstattung und Unterkapitalisierung	118
2.3.	Stammkapital – Haftungsmasse für die Gläubiger	121
2.3.1.	Stammkapital	121
2.3.2.	Haftungsbeschränkung vs Gläubigerschutz	124
2.3.2.1.	Bedeutung und Konsequenz eines effektiven Gläubigerschutzes	124
2.3.2.2.	Das Prinzip der beschränkten Haftung	126
2.3.3.	Stammkapital und Gläubigerschutz in der Gründungs- und Anlaufphase	132
2.3.3.1.	Einlagemodalitäten	133
2.3.3.2.	Ordnungspolitisches Seriositätsprinzip	134
2.3.4.	Stammkapital und Gläubigerschutz im Krisenvorfeld	136

2.3.4.1.	Haftungsfonds und Verlustpuffer	136
2.3.4.2.	Krisen- und Abwehrsystem	140
2.3.4.3.	Ausschüttungssperre gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG	141
2.3.5.	Stammkapital als Haftungsmasse für die Gläubiger; ein kritisches Fazit	143
2.4.	Eigenkapital – Indikator für die Kreditwürdigkeit	147
2.5.	Historischer Abriss der Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen	153
IV.	Folgen ungelöster Probleme der mittelständischen GmbH	161
1.	Allgemeine Darstellung der Insolvenzen und Insolvenzquoten von 1991 bis 2011	162
2.	Umsatzgrößenklassenbezogene Darstellung der Unternehmensinsolvenzen von 2002 bis 2010	169
3.	Rechtsformbezogene Darstellung der Unternehmensinsolvenzen von 2000 bis 2010	171
V.	Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit	175
1.	Ergebnisentwicklung als Maßstab für die Insolvenzanfälligkeit	176
2.	Der Creditreform Risikoindikator (CRI)	181
VI.	Die mittelständische GmbH - eine Zustandsbeschreibung	183
C.	Insolvenzprophylaxe und Sanierung im Lichte des Insolvenzrechts	189
I.	Historische Entwicklung und dogmatische Grundlagen des Insolvenzrechts bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung	191
1.	Römisches Zwölftafel-Gesetz	191
2.	Die Rechtsentwicklung vom 17. bis zum 19. Jahrhundert	193
3.	Die Konkursordnung von 1877	195
4.	Die Vergleichsordnung von 1935	198
5.	Die Gesamtvollstreckungsordnung	200
II.	Die Insolvenzordnung von 1999	203
1.	Der Reformweg des Insolvenzrechts	203
2.	Schwerpunkte der Insolvenzrechtsreform	209
2.1.	Einheitlichkeit des Verfahrens	210

2.2.	Regelungen zur Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens	214
2.3.	Förderung der außergerichtlichen Sanierung	216
2.3.1.	Abschaffung des § 419 BGB a.F.	217
2.3.2.	Vereinfachung der Kapitalherabsetzung und -erhöhung gemäß §§ 58a ff. GmbHG	218
2.3.3.	Wegfall des „Konzernvorbehalts“ gemäß § 455 Abs. 2 BGB a.F.	221
2.3.4.	Verschärfung des Anfechtungsrechts	223
2.3.5.	Sanierungsfeindliche Vorschriften	225
2.3.5.1.	Sanierungsfeindlichkeit des § 613a BGB	226
2.3.5.2.	Sanierungsfeindlichkeit des § 75 AO	228
2.4.	Maßnahmen gegen Massearmut	229
2.4.1.	Verhinderung von Verfahrensabweisungen mangels Masse	231
2.4.1.1.	Drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO	231
2.4.1.2.	Überschuldung gemäß § 19 InsO	233
2.4.1.3.	Verfahrenseröffnung bei Kostendeckung	236
2.4.1.4.	Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO	238
2.4.1.5.	Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 f. InsO	240
2.4.2.	Abwendung von Verfahrenseinstellungen und Sicherstellung einer hohen Verteilungsmasse	242
2.4.2.1.	Sonstige Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO	242
2.4.2.2.	Begriff der Insolvenzmasse gemäß § 35 InsO	244
2.4.2.3.	Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO	245
2.4.2.4.	Einbeziehung gesicherter Gläubiger	248
2.4.2.5.	Verwertung beweglicher Gegenstände gemäß §§ 166 ff. InsO	249
2.4.2.6.	Besonders bedeutsame Rechtshandlungen gemäß § 160 InsO	251
2.5.	Stärkung der Gläubigerautonomie	253

2.5.1.	Erweiterte Mitspracherechte	253
2.5.2.	Insolvenzplanverfahren gemäß § 217 ff. InsO	258
2.6.	Stärkung der Verteilungsgerechtigkeit	270
2.6.1.	Neuregelung für die Massegläubiger	271
2.6.2.	Neuregelung für Insolvenzgläubiger	277
2.6.2.1.	Begriff der Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO	278
2.6.2.2.	Begriff der nachrangigen Insolvenzgläubiger gemäß § 39 InsO	281
III.	Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess	283
IV.	12 Jahre Insolvenzordnung – eine Bestandaufnahme	293
1.	Umgestaltungen der Insolvenzantragsgründe	294
2.	Anwendungsdefizite beim Insolvenzplanverfahren	299
3.	Anwendungsdefizite bei der Eigenverwaltung	302
V.	Insolvenzprophylaxe und Sanierung im Lichte des Insolvenzrechts	305
D.	Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften	309
I.	Die Schuldendeckungsfähigkeit	311
1.	Vereinbarkeit von Gläubigerschutz und organschaftlicher Selbstinformationsverpflichtung	311
2.	Der Begriff der Schuldendeckungsfähigkeit	315
3.	Wesentliche Elemente zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit	316
3.1.	Ausgangspunkt Finanzplanung	317
3.2.	Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz	318
3.3.	Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der Fortführungsbilanz	320
4.	Die Methodik der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit	323
4.1.	Form der Vermögensdarstellung	323
4.1.1.	Liquidationsbilanzen	324
4.1.2.	Liquidationsvorsorge-Bilanzen	326

4.2.	Ausweis und Bewertung von Vermögen und Schulden	327
4.2.1.	Liquidationsdeterminierte Bilanzierung dem Grunde nach	328
4.2.2.	Liquidationsdeterminierte Bilanzierung der Höhe nach	331
4.3.	Die Residualgröße einer Schuldendeckungskontrolle	335
4.3.1.	Liquidationswert-Zuwachs	335
4.3.2.	Liquidations-Nettovermögen	337
II.	Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit im Rahmen der periodischen Rechnungslegung	339
1.	Die Bilanzgestaltung als Ausfluss unterschiedlicher Bilanzadressaten und Zwecksetzungen	341
1.1.	Unterschiedliche Bilanzadressaten	342
1.2.	Unterschiedliche Zwecksetzungen periodischer Bilanzen	343
2.	Die Schuldendeckungsfähigkeit im Lichte der deutschen Bilanztheorien	347
2.1.	Statische Interpretation der Bilanz	349
2.2.	Dynamische Interpretation der Bilanz	355
2.3.	Organische Interpretation der Bilanz	360
2.4.	Antibilanzkonzeptionen	364
3.	Die Schuldendeckungsfähigkeit im Lichte des deutschen Bilanzrechts	366
3.1.	Das deutsche Bilanzrecht prä-internationaler Prägung im Kontext der EU-Harmonisierung	368
3.1.1.	Das Aktiengesetz von 1965	370
3.1.2.	Die EG-Basisrichtlinien im Bereich der Rechnungslegung	374
3.1.3.	Das Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG) von 1985	378
3.2.	Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts: Vom Gläubigerschutz zum erfolgsorientierten Kapitalmarktreporting - ein Paradigmenwechsel	383
3.2.1.	Das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) von 2004	385

3.2.2.	Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009	391
4.	Der Prozess der Globalisierung des deutschen Bilanzrechts und seine Auswirkungen auf die bilanzielle Darstellung der Schuldendeckungs- fähigkeit	398
4.1.	Ausgangspunkt: Das Prinzip der Periodisierung	401
4.2.	Bilanzausweis von Vermögen und Schulden: Bilanzierung dem Grunde nach	406
4.2.1.	Abstrakte und konkrete Bilanzierungsfähigkeit von Vermögensgegenständen	407
4.2.2.	Bilanzierungsfähigkeit von Schulden	411
4.2.3.	Der Begriff der Schulden	413
4.2.3.1.	Verbindlichkeiten	414
4.2.3.2.	Eventualverbindlichkeiten	415
4.2.3.3.	Rückstellungen	416
4.2.4.	Eignung der handelsrechtlichen Ansatzvorschriften bei der bilanziellen Darstellung der Schuldendeckungs- fähigkeit	420
4.3.	Wertausweis von Vermögen und Schulden: Bilanzierung der Höhe nach	423
4.3.1.	Bewertungskonzeption des deutschen Bilanzrechts	425
4.3.1.1.	Bewertungsprinzipien vor Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)	425
4.3.1.2.	Exemplarische Änderungen durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)	434
4.3.2.	Wertansatz von Vermögensgegenständen	438
4.3.3.	Wertansatz von Schulden	442
4.3.3.1.	Verbindlichkeiten	443
4.3.3.2.	Rückstellungen	445
4.3.4.	Eignung der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften bei der bilanziellen Darstellung der Schuldendeckungs- fähigkeit	448

III.	Die Tauglichkeit der periodischen Rechnungslegung zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit	451
E.	Die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung gemäß § 19 InsO als Ausgangspunkt einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe	455
I.	Die Reaktionsschwelle im Vorfeld der Insolvenz	459
II.	Selbstinformati- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH	465
1.	Allgemeine Selbstinformati- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter im Lichte des Handelsrechts	466
1.1.	Selbstinformati- und Selbstprüfungspflicht nach § 238 HGB	469
1.2.	Informationserweiterung nach § 264 Abs. 2 HGB	473
2.	Spezielle Selbstinformati- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter im Lichte des Gesellschaftsrechts	480
2.1.	Die Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG als Ausfluss allgemeiner Selbstinformati- und Selbstprüfungspflichten	481
2.2.	Die Vermögenssicherungspflicht nach §§ 43, 43a GmbHG	485
2.3.	Die erweiterte gesellschaftsbezogener Informationspflicht nach § 49 Abs. 3 GmbHG	486
3.	Notwendigkeit der Selbstinformati- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter	489
III.	Zeitliche Dimension und Einflussgrößen einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe im Kontext des § 19 InsO	491
1.	Das frühzeitige Erkennen einer Unternehmenskrise mithilfe der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung im Sinne des § 19 InsO	492
2.	Die Phase der Insolvenzprophylaxe und deren Einflussgrößen	497
2.1.	Krisensituationsanalyse der letzten Jahre	498
2.2.	Das „gesunde Unternehmen“ als Ausgangspunkt einer Unternehmenskrise	503
2.3.	Allgemeine Ursachen einer Unternehmenskrise	509

2.3.1.	Endogene Faktoren	511
2.3.2.	Exogene Faktoren	516
2.4.	Arten einer Unternehmenskrise	520
2.4.1.	Die Stakeholderkrise	521
2.4.2.	Die Strategiekrise	525
2.4.3.	Die Erfolgskrise	530
2.4.4.	Die Liquiditätskrise	534
3.	Die Phase der Insolvenzantragspflicht und deren Einflussgrößen	539
3.1.	Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO	541
3.2.	Die insolvenzrechtliche Regelung des § 15a Abs. 1 InsO	543
3.3.	Die Insolvenzantragsgründe der Insolvenzordnung	546
3.3.1.	Antrag auf Verfahrenseröffnung	547
3.3.2.	Die Insolvenzantragspflicht im Kontext der Drei - Wochen - Frist	549
3.3.2.1.	Fristbeginn	550
3.3.2.2.	Fristende	554
3.3.3.	Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO	557
3.3.3.1.	Fällige Zahlungspflichten	559
3.3.3.2.	Zahlungsunfähigkeit vs. Zahlungsstockung	562
3.3.3.3.	Zahlungseinstellung	570
3.3.4.	Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO	571
3.3.4.1.	Tatbestand des § 18 InsO	573
3.3.4.2.	Praktische Relevanz der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO	576
3.3.5.	Überschuldung nach § 19 InsO	580
3.3.5.1.	Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff des § 19 InsO	581
3.3.5.2.	Dependenzen zwischen der insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO und der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO	589
IV.	Die repressive Anwendung des § 19 InsO in der Praxis	593

1.	Die Pflichtverletzungen organschaftlicher Vertreter als Ausgangspunkt	593
2.	Das negative Insolvenzantragsverhalten organschaftlicher Vertreter	597
2.1.	Feststellungen zum Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz	598
2.2.	Der Pflichtenkatalog des § 64 GmbHG	602
2.2.1.	Das Zahlungsverbot gemäß § 64 GmbHG	603
2.2.2.	Zahlungsverbot vs. Zahlungspflicht	607
3.	Persönliche Haftung des organschaftlichen Vertreters als Folge des negativen Insolvenzantragsverhaltens	612
3.1.	Haftung gegenüber der Gesellschaft	613
3.2.	Haftung gegenüber Dritten	618
V.	Die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung gemäß § 19 InsO als Instrument der Insolvenzprophylaxe	621
F.	Zusammenfassende Beurteilung	625
	Literaturverzeichnis	637
I.	Monographien, Beiträge in Sammelwerken, Kommentare	637
II.	Fachzeitschriften	673
III.	Rechtsprechungsübersicht	709

Abkürzungsverzeichnis:

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Aktz.	Aktenzeichen
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs - Berater (Zeitschrift)
BC	Bilanzbuchhalter und Controller (Zeitschrift)
Begr.	Begründung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BFuP	Betriebswirtschaftliche For- schung und Praxis (Zeit- schrift)
BFA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BFD	Buchholz - Fachinformations- dienst GmbH
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHST	Bundesgerichtshof in Straf- sachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungs- gesetz
BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeit- schrift)

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
CM	Controller Magazin (Zeitschrift)
COMI	Center of main interest
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission
COSO-ERM	Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission - Enterprise Risk Management
CRI	Creditreform Risikoindikator
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)

DRSC	Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.
DSTR	Deutsches Steuerrecht (Zeit- schrift)
DStZ	Deutsche Steuer Zeitung
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirt- schaftsrecht
ebd.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review (Zeitschrift)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EG	Europäische Gemeinschaft
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenz- ordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichte- rung der Sanierung von Unter- nehmen
EU	Europäische Union
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemein- schaft

EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FS	Festschrift
GAVI	Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens
GBL	Gesetzblatt
GE	Geldeinheiten
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
ggf.	gegebenenfalls
gGmbH	gemeinnützige GmbH
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHHR	Die GmbH - Rundschau (Zeitschrift)
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung

GS	Gesetz - Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HURB	Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IfM	Institut für Mittelstandsforschung
IAS	International Accounting Stan- dards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IFZ	Institut für Finanzdienstleistungen
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien

KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KoR	Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung
KSI	Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung (Zeitschrift)
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LSK	Leitsatzkartei des deutschen Rechts
m.a.W.	mit anderen Worten
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

NPO	Nonprofit-Organisation
NWB-BB	Neue Wirtschaftsbriefe - Betriebswirtschaftliche Beratung (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für Recht der Insolvenz und Sanierung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PIR	Praxis der internationalen Rechnungslegung (Zeitschrift)
PS	Prüfungsstandard (des IdW)
PublG	Publizitätsgesetz
RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch

SME	Small and medium sized enterprises
StB	Der Steuerberater (Zeitschrift)
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StbJb	Steuerberater - Jahrbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StuB	Unternehmenssteuern und Bilanzen (Zeitschrift)
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
u.ä.	und ähnliche
u.a.m.	und andere mehr
URG	Österreichisches Unternehmensreorganisationsgesetz
UG	Unternehmergesellschaft
VDA	Verband der Automobilindustrie
VgIO	Vergleichsordnung
vs.	Versus
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)
WM	Wertpapier - Mitteilungen (Zeitschrift)

WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
WSM	Wirtschaftsverband Stahl- und Metallverarbeitung
ZAP	Zeitschrift für Anwaltspraxis
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZDH	Zentralverband des Deutschen Handwerks
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift zum Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zentrum für Insolvenz und Sanierung

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZkW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRFC	Risk, Fraud and Compliance (Zeitschrift)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswirtschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Verzeichnis der Abbildungen:

- Abbildung 1 Qualitative Mittelstandsdefinition nach
IfM-Bonn 2002
S. 47
- Abbildung 2 KMU-Schwellenwerte der Europäischen
Kommission gemäß Kommissions-
empfehlung vom 06. Mai 2003
S. 49
- Abbildung 3 Schlüsselzahlen des Mittelstands in
Deutschland 2009 - 2010, IfM-Bonn
S. 53
- Abbildung 4 Anzahl der Unternehmen in Deutschland
nach Rechtsformen gegliedert,
Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuer-
statistik, Eckdaten, 2008, Fachserie 14,
Reihe 8.1., 2010, 2011, 2013
S. 74

- Abbildung 5 Umsätze der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsformen gegliedert, Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten, 2008, Fachserie 14, Reihe 8.1., 2010, 2011, 2013
S. 77
- Abbildung 6 Durchschnittliche Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen im internationalen Vergleich, IfM-Bonn, Mittelstandsstatistik 2005
S. 154
- Abbildung 7 Durchschnittliche Eigenkapitalquoten deutscher Unternehmen, Deutsche Bundesbank, Monatsberichte, 2005
S. 155
- Abbildung 8 Eigenkapitalausstattung des Mittelstands im Verhältnis zur Bilanzsumme, 2006 bis 2011, Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand
S. 156

- Abbildung 9 Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen, 2000 bis 2011, Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand
S. 158
- Abbildung 10 Insolvenzen und Insolvenzquote 1991 bis 2011 in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010
S. 164
- Abbildung 11 Insolvenzen und Forderungsverluste in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010
S. 167

- Abbildung 12 Insolvenzen von Unternehmen 2002 bis 2010 in Deutschland nach Umsatzgrößenklassen - Anzahl und Horizontalstruktur in %, Statistisches Bundesamt, Berechnungen des IfM Bonn, 2011
S. 170
- Abbildung 13 Insolvenzen von Unternehmen 2000 bis 2010 in Deutschland nach Rechtsform - Anzahl und Vertikalstruktur in % nach der Rechtsform, Statistisches Bundesamt, Berechnungen des IfM Bonn, 2011
S. 172
- Abbildung 14 Ergebnisentwicklung im Mittelstand in Deutschland, Creditreform, Ertragslage im Mittelstand, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, 2011
S. 178

- Abbildung 15 Unternehmensinsolvenzen und Eröff-
nungsgrund der Überschuldung,
Statistisches Bundesamt 2007
S. 298
- Abbildung 16 Unternehmenskrise, Die zeitliche
Dimension des § 19 InsO
S. 496
- Abbildung 17 Maßstab für Erfolgsindikatoren
S. 505
- Abbildung 18 Ergebnisse der Erfolgsfaktorenanalyse
S. 507/508

A. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

„In unserer kreditbasierenden Geldwirtschaft übt die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens eine zentrale ordnungsstiftende Funktion aus“¹. Daher kann auch die Bedeutung des Überschuldungskriteriums als Folge einer nicht mehr vorhandenen Schuldendeckungsfähigkeit nicht genug betont werden. Die Überschuldungslage eines Unternehmens birgt erhebliche Gefährdungspotentiale für Gläubiger und betroffene Unternehmen gleichermaßen, wobei es vollkommen unerheblich ist, ob es sich dabei um eine bilanzielle, rechnerische oder insolvenzrechtliche Überschuldung handelt - der Unterschied besteht vornehmlich darin, dass der insolvenzrechtlichen Überschuldung eine Deutungshoheit zugewiesen wird -; in allen Fällen vermag, objektiv betrachtet, das Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr zu decken. Trotz dieser Gefährdungslage wird in der Jurisdiktion lediglich die insolvenzrechtliche Überschuldung dezidiert geregelt - und im Zweifel bei Nichterkennen auch geahndet, was jedoch unter der gegenwärtigen Gesetzeslage eher die Ausnahme als die Regel ist. Nach dem in § 19 InsO geregelten Überschuldungs-

¹ Körnert/Wagner, ZInsO 2009, S. 2135.

tatbestand gilt eine juristische Person des privaten Rechts als überschuldet, wenn ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Der insolvenzrechtliche Überschuldungstatbestand knüpft somit unmittelbar an die Schuldendeckungsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft an. Ist die Schuldendeckungsfähigkeit nicht mehr gegeben und das Unternehmen im insolvenzrechtlichen Sinne überschuldet, sind die Regelungen des Insolvenzrechts anzuwenden. Hierbei soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Gläubiger noch möglichst hoch, zumindest aber angemessen, befriedigt werden können. Eine Überschuldung im Sinne des § 19 InsO definiert im Kontext der Insolvenzantragsgründe in der Regel den frühestmöglichen Zeitpunkt, an dem ein Insolvenzantrag zu stellen wäre, sofern innerhalb von drei Wochen keine die insolvenzrechtliche Überschuldung heilende Kompensation erfolgt. Gläubigerschutzinteressen können zu diesem Zeitpunkt sodann nur noch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens bzw. einer gerichtlichen Sanierung bestmöglich verfolgt werden.

Die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO ist Ausdruck, Wesen und Kernstück des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes und nur durch eine stringente Abgrenzung des insolvenzrechtlichen Überschuldungs-

tatbestandes gegenüber anderen durch das Rechnungswesen dokumentierten Krisenszenarien kann die Frage beantwortet werden, ob und inwieweit ein Unternehmen im insolvenzrechtlichen Sinne überschuldet ist. Ein Instrumentarium, welches also geeignet ist, eine insolvenzauslösende Krise feststellbar zu machen, erscheint bei einer konsequent präventiven Anwendung auch geeignet, erste Krisensymptome in Form einer sich abzeichnenden Überschuldung erkennbar zu machen. In dieser Funktion vermag § 19 InsO vielfältige Chancen und Perspektiven für eine außergerichtliche Sanierung zu bieten. Gerade eine als Krisenfrühwarnindikator gedeutete Anwendung erscheint a priori geeignet, Gläubigerschutz durch Insolvenzprophylaxe konsequent umzusetzen, obwohl es zunächst widersprüchlich erscheinen mag, eine Unternehmenskrise durch das Instrumentarium der Insolvenzordnung heilen zu wollen. Wobei das Heilen sich hierbei einzig auf die Wahrnehmung und Kenntnis einer Krise beschränkt - quasi standortbestimmend wirkt - und das Instrumentarium des § 19 InsO nicht als ein operativ nutzbares Instrumentarium zur Beseitigung derselben anzusehen ist.

Die Insolvenzprophylaxe, d.h. die Vermeidung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, ist für alle Kapitalgesellschaften

Gläubigerschutz par excellence. Mit Hilfe des § 19 InsO kann sie vor allen Dingen für all jene Gläubigerschutz sein, die nicht kapitalmarktorientiert sind. Kapitalmarktorientierte Unternehmen, insbesondere börsennotierte Gesellschaften, werden durch umfangreiche Publizitäts- und Prüfungspflichten und ggf. Ad-hoc-Meldungen zur permanenten Selbstkontrolle verpflichtet. Bei nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen, wie beispielsweise den mittelständischen GmbHs, beschränken sich die durch den Markt und den Gesetzgeber vorgegebenen Kontrollmechanismen allenfalls auf eine regelmäßige Abschlusserstellung als gesetzliche Mindestanforderung.

Der bisherige Geltungsbereich des § 19 InsO in der Praxis zeigt, dass eine Überschuldungsprüfung im Sinne dieser Vorschrift nahezu ausschließlich im insolvenzrechtlich verankerten Kontext durchgeführt wird, insbesondere wenn es um die Frage geht, ob und inwieweit bereits Insolvenzreife eingetreten war und der Insolvenzantrag möglicherweise schon früher hätte gestellt werden müssen. Die Vorschrift greift demnach erst zum späten Zeitpunkt eines bereits anhängigen Insolvenzverfahrens und dient einzig der Verfolgung etwaiger Haftungsansprüche (Insolvenzverschleppungshaftung). Die Frage nach zu ergreifenden Sanierungsmaßnahmen stellt sich an

diesem Punkt zumeist nicht mehr. Dies führt final dazu, dass der vom Gesetzgeber qua InsO - zumindest in Teilen - intendierte prospektive Anreiz zur Vermeidung und/oder Überwindung von Unternehmenskrisen nicht nur nicht erreicht, sondern im Ergebnis denaturiert wird, da das insolvenzrechtliche Instrumentarium vorwiegend zur repressiven Verfolgung insolvenz- und gesellschaftsrechtlicher Ansprüche durch den Insolvenzverwalter und/oder mit Hilfe der Gerichte genutzt wird.

Demgemäß erscheint es nahe liegend, die prophylaktische Wirkung einer Überschuldungsprüfung im Sinne des § 19 InsO zu akzentuieren, wobei, den vorstehenden Überlegungen folgend, die mittelständische GmbH im Fokus der Betrachtung steht. Der Rückgriff auf das insolvenzrechtliche Instrumentarium des § 19 InsO hat dabei im Rahmen einer Analogieprüfung zu erfolgen. Entscheidend bei diesem Denkansatz ist nämlich weniger der gesetzgeberische Hintergrund dieser Norm mit all seinen Implikationen (Gesetzesänderungen, Übergangsfristen, Wahl der Überschuldungsprüfungsmethodik etc.), als vielmehr das Instrumentarium als solches, welches frei von jeglichen Konventionen in der reinen Anwendung Antwort auf die Frage nach der Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens - und damit letztlich auch auf dessen mögliche Insolvenzzreife -

zu geben imstande ist. Die Vornahme einer Analogieprüfung im Sinne des § 19 InsO erscheint geboten, da die normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften nur bedingt geeignet sind, die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens verlässlich zu überprüfen. Parallel eingesetzt zum System der Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter könnte sie bei frühzeitiger und vor allen Dingen ordnungsgemäßer Anwendung dank ihres informativen Charakters Ausgangspunkt für Maßnahmen sein, die den Fortbestand eines in der Krise befindlichen Unternehmens sichern sollen und können.

Wird der Grundtatbestand des § 19 InsO als Ausgangspunkt und Leitfaden einer insolvenzprophylaktisch ausgerichteten Überschuldungsprüfung verstanden und wird ihm diesbezüglich ein neuer, ein präventiver Geltungsbereich zugedacht, so ist abschließend noch zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt die Vornahme einer Überschuldungsprüfung in analoger Anwendung zu erfolgen hat, damit eine insolvenzprophylaktische Wirkung entfaltet werden kann. Zu diesem Zweck ist es unerlässlich, Krisenstadien zu erkennen, zahlentechnisch zu definieren und mit § 19 InsO zu verknüpfen. Unter dem Primat, dass jede Form einer Überschuldung eine Gefährdung dar-

stellt, sollte der Zeitpunkt der Vornahme einer Überschuldungsprüfung dabei dem hehren Ziel Rechnung tragen, Gläubiger wie betroffene Unternehmen durch Insolvenzvermeidung möglichst umfassend zu schützen.

B. Die mittelständische GmbH im Spannungsfeld zwischen gesamtwirtschaftlicher Bedeutung und insolvenzrechtlicher Problematik

Dem Mittelstand im Allgemeinen und mittelständischen Unternehmen² in der Rechtsform einer GmbH im Besonderen kommt eine Schlüsselstellung in der deutschen Wirtschaft zu³. Die Gründe für diese ihr innewohnende Spitzenposition einerseits, aber auch ihre gleichsam große Beliebtheit andererseits sind vielschichtig und komplex. So liegt die gesamtwirtschaftliche Bedeutung einer GmbH, bezogen auf eine rein quantitative Betrachtungsebene, in ihrer relativen Größe in Bezug auf das generierte Gesamtumsatzvolumen aller Rechtsformen in Deutschland. Ihre hohe Akzeptanz hingegen ist nicht zuletzt mit dem dieser Rechtsform inhärenten Haftungsprivileg und dem mit dem Stammkapital verbundenen Prinzip des Gläubigerschutzgedankens in Verbindung zu bringen. So gewichtig und relevant die mittelständische GmbH für die deutsche Volkswirtschaft auch sein mag, so schwerwiegend sind aber auch ihre Probleme in einem sich immer schneller bewegenden globalen Wirtschaftssystem. Die negativen Folgen der

² Dazu näher unten: B. I. 1. (Extension des Mittelstandsbegriffs).

³ Wolter/Hauser, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.), 2001, S. 29.

konjunkturellen Abschwungphase im Zuge der weltumspannenden Finanz- und Wirtschaftskrise intensivieren noch das zentrale Problem der suboptimalen Eigenkapitalausstattung mittelständischer GmbHs. Die sich aus dieser Negativallokation ergebenden volkswirtschaftlichen Folgen manifestieren sich in den Insolvenzstatistiken der letzten Jahre⁴. Die Ausführungen dieses Kapitels beleuchten dieses Spannungsverhältnis zwischen der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung von mittelständischen GmbHs einerseits, aber auch ihre gravierenden Probleme andererseits. Hierbei werden zudem erste grundkonzeptionelle Lösungsansätze zur Problembehandlung der Insolvenzanfälligkeit mittelständischer GmbHs aufzuzeigen versucht⁵.

⁴ Dazu näher unten: Kapitel B. IV. (Folgen ungelöster Probleme der mittelständischen GmbH).

⁵ Dazu näher unten: Kapitel B. V. (Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit).

I. Begriff, Struktur und gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Mittelstands

Gemäß Verlautbarungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi)⁶ ist der Mittelstand das Herz der deutschen Wirtschaft und der Motor für Wachstum und Beschäftigung. Im Folgenden werden der Begriff des Mittelstands, seine Struktur sowie seine gesamtwirtschaftliche Bedeutung einer genaueren Betrachtung unterzogen.

1. Extension des Mittelstandsbegriffs

Der Terminus „Mittelstand“ ist ein im deutschen Sprachgebrauch historisch gewachsener Begriff, für den jedoch keine gesetzlich vorgeschriebene und anerkannte Definition existiert⁷. Ziel der Definition des Begriffs „Mittelstand“ sollte die Abgrenzung einer homogenen Gruppe sein, die sich von „Großunternehmen“ unterscheidet. Außerhalb Deutschlands findet der Mittelstandsbegriff keine Anwendung zur Klassifizie-

⁶ www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Mittelstand/mittelstandspolitik.

⁷ Statistisches Bundesamt Deutschland, Kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 14.08.2008.

zung einer Unternehmensgrundgesamtheit. Die Europäische Union und ein Großteil der europäischen Staaten differenzieren größenabhängig nach kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) respektive „small- and medium-sized enterprises“ (SME)⁸. Innerhalb Deutschlands hat sich jedoch der Mittelstandsbegriff nach der Definition des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn (IfM) durchgesetzt⁹. Trotz dieser unterschiedlichen Auffassungen und Herangehensweisen in der Begriffsfindung¹⁰ wird durchgängig unterschieden zwischen den quantitativen und qualitativen Merkmalen des Mittelstands, die sowohl eindimensional als auch mehrdimensional abgegrenzt werden können.

1.1. Quantitative Abgrenzungsmerkmale

Für die quantitative Bestimmung des Mittelstands gibt es eine Vielzahl von verschiedenen Schwellenwerten und Größenklassen. Diese heutzutage üblichen Unterscheidungskriterien waren ursprünglich reine Hilfskonstruktionen, da qualitative Merkmale, wie beispielsweise Eigentumsverhältnisse oder

⁸ Goeke, 2008, S. 9.

⁹ Brockhaus, 2002, S. 17 f.

¹⁰ Schneck, 2006, S. 15.

Führungsstile, naturgemäß statistisch schlechter zu erfassen sind. Als Folge dieser Problematik sorgte im Laufe der Zeit eine Art Gewöhnungseffekt dafür, dass die quantitativen Kriterien bei der Begriffsbestimmung als konstitutiv angesehen wurden¹¹. Die geläufigste Definition des Mittelstands geht auf das Institut für Mittelstandsforschung Bonn (IfM) zurück. Das Institut ist vornehmlich damit befasst, die Lage des Mittelstands zu analysieren und für die Politik konkrete Verbesserungsvorschläge zu erarbeiten. Die Definition verwendet als Differenzierungsmerkmale Kriterien wie den Jahresumsatz eines Unternehmens und die Anzahl der Beschäftigten. Die Unternehmen werden in die Kategorien klein, mittel und groß untergliedert, wobei dem Mittelstand zugehörige Unternehmen seit dem 01.01.2002 wie folgt abgegrenzt werden:

Unternehmensgröße	Zahl der Beschäftigten	Umsatz € / Jahr
klein	bis 9	bis unter 1 Millionen
mittel	10 -499	1 bis unter 50 Millionen
Mittelstand zusammen	bis 499	bis unter 50 Millionen
groß	500 und mehr	50 Millionen und mehr

Abbildung Nr. 1: Quantitative Mittelstandsdefinition nach IfM Bonn, 2002.

¹¹ Wolter/Hauser, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg.), 2001, S. 30.

Wie aus der vorstehenden Tabelle ersichtlich, zählen zu den kleinen Unternehmen alle jene, die bis zu neun Mitarbeiter beschäftigen und weniger als 1 Mio. Euro Jahresumsatz generieren. Liegt die Beschäftigungszahl zwischen 10 und 499 Mitarbeitern und erwirtschaftet das Unternehmen einen Jahresumsatz von 1 Mio. Euro bis unter 50 Mio. Euro, wird es als mittelgroßes Unternehmen bezeichnet. Die Zusammenfassung beider Gruppen ergibt definitorisch den IfM - geprägten Mittelstandsbegriff. Als große Unternehmen und somit nicht mehr dem Mittelstand zugehörig gelten alle jene Unternehmen, die 500 Mitarbeiter und mehr beschäftigen und einen Jahresumsatz von 50 Mio. Euro und mehr erzielen.

Im Zuge eines Harmonisierungsverfahrens innerhalb der Europäischen Union werden seit dem 01.01.2005 nach einer Empfehlung der Europäischen Kommission kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) neu definiert¹². Die Europäische Kommission legt andere quantitative Schwellenwerte zugrunde, um Unternehmensgruppen voneinander abzugrenzen. Die KMU-Definition der Europäischen Union erweitert die Kriterien

¹² Kommissions-Empfehlung vom 06.05.2003, 2003/361/EG, ABI. L 124 vom 20.5.2003, S. 36, die seit dem 01.01.2005 die bis dahin geltende Empfehlung 96/280/EG, ABI. L 107 vom 30.04.1996, S. 4, ersetzt.

der IfM-Definition um das Kriterium der Jahresbilanzsumme. Diese Definition ist nunmehr für zahlreiche EU-Richtlinien, -Verordnungen, Programme und staatliche Beihilferegulungen sowie für alle Förderaktivitäten maßgeblich, so dass europäische KMU-Förderprogramme nur für diejenigen Unternehmen zugänglich sind, welche kategorial die Kriterien dieser Definition erfüllen. Die nachfolgende Tabelle fasst die KMU-Schwellenwerte der Europäischen Kommission zusammen:

Unternehmensgröße	Zahl der Beschäftigten	und	Umsatz € / Jahr	oder	Bilanzsumme € / Jahr
kleinst	bis 9		bis 2 Millionen		bis 2 Millionen
klein	bis 49		bis 10 Millionen		bis 10 Millionen
mittel*	bis 249		bis 50 Millionen		bis 43 Millionen

* gleich KMU insgesamt

Abbildung Nr. 2: KMU-Schwellenwerte der Europäischen Kommission

Demnach gelten Unternehmen, die weniger als 10 Mitarbeiter beschäftigen und deren Jahresumsatz respektive Jahresbilanzsumme höchstens 2 Mio. Euro beträgt, als Kleinstunternehmen. Liegt die Beschäftigungszahl unterhalb von 50 Mitarbeitern und ist der Jahresumsatz respektive die Jahresbilanzsumme nicht größer als 10 Mio. Euro, handelt es sich um kleine Unternehmen. Mittlere Unternehmen beschäftigen maximal 249 Mitarbeiter, generieren bis zu 50 Mio. Euro Jahresumsatz

und weisen eine Jahresbilanzsumme mit höchstens 43 Mio. Euro aus. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass alle Unternehmen, die die vorbezeichneten Abgrenzungskriterien übersteigen, zu den Großunternehmen zählen und mithin nicht von der KMU-Definition umfasst werden¹³. Die von der Europäischen Kommission ausgesprochenen Empfehlungen zu den Schwellenwerten für KMU berücksichtigen zudem intertemporäre Abhängigkeiten. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen den KMU-Status erst dann erwirbt, wenn die KMU-Kriterien in zwei aufeinander folgenden Jahren erfüllt werden¹⁴.

Im Verlaufe der weiteren Untersuchungen werden der Mittelstands begriff des IfM Bonn und die KMU-Definition der Europäischen Kommission synonym verwendet, wenngleich - rein definitorisch - der Mittelstand nicht mit den KMU gleichzusetzen ist. Da jedoch gegenwärtig noch keine allgemeingültig anerkannte und quantitativ fassbare Mittelstandsdefinition existiert¹⁵, insoweit auch keine inhaltliche Bedeutungshoheit

¹³ Statistisches Bundesamt: Ausgewählte Ergebnisse für kleinere und mittlere Unternehmen in Deutschland 2005, S. 226.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Statistisches Bundesamt: Ausgewählte Ergebnisse für kleinere und mittlere Unternehmen in Deutschland 2005, S. 2.

gegeben ist, ist eine sinngleiche Verwendung beider Begriffe letztlich unschädlich.

1.2. Qualitative Abgrenzungsmerkmale

Neben der quantitativen Mittelstandsdefinition lässt sich der Mittelstand auch über eine Reihe qualitativer Eigenschaften charakterisieren. Als Gradmesser für die Messgröße Qualität gelten hierbei vornehmlich die folgenden drei Merkmale:

- Einheit von Leitung, Eigentum, Haftung und Risiko¹⁶,
- Verantwortung für die Leitung des Unternehmens und alle unternehmenspolitisch relevanten Entscheidungen,
- Völlige oder weitgehende Konzernunabhängigkeit.

Als weitere qualitative Merkmale werden in der Literatur auch informelle und enge Kontakte zwischen Unternehmensführung und Mitarbeitern, geringerer Formalisierungsgrad der Organisation und flache Hierarchien beschrieben¹⁷. In dem Merkmalskatalog für qualitative Merkmale werden außerdem noch Kriterien benannt, die die Abgrenzung des Mittelstandsbegriffs

¹⁶ Goeke, 2008, S. 12.

¹⁷ Volkmann/Tokarski, 2006, S. 17.

weiter fassen: So fallen hierunter auch Unternehmen, die für den Unternehmer und seine Familie Existenzgrundlage und Einkommensquelle darstellen. In Erweiterung dieses Gedankens soll das Unternehmen dauernde Lebensaufgabe und notwendige Grundlage der Berufsausübung für den Unternehmer sein. Die Struktur und Wirtschaftsweise werden vorrangig von der persönlichen Mitwirkung sowie den Kenntnissen und Fähigkeiten des Unternehmers bestimmt¹⁸. Die vorstehenden Ausführungen machen jedoch deutlich, dass mit einem Mehr an qualitativen Kriterien die Abgrenzungproblematik nicht geringer wird.

2. Struktur und gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Mittelstands

„Die Bedeutung des Mittelstands für die deutsche Wirtschaft ist unbestritten“¹⁹. Die nachfolgend aufgeführte statistische Erhebung des IfM Bonn²⁰ verdeutlicht anhand von ausgewie-

¹⁸ Dies entspricht der steuerrechtlichen Abgrenzung der freiberuflichen Tätigkeit im Sinne des § 2 EStG i.V.m. § 18 EStG; vgl. hierzu: Blümich/Ebling, 2006, § 2 Abs. 1 Nr. 3 EStG i.V.m. § 18 EStG, Rnr. 19 ff, 49 ff.

¹⁹ Eckstaller/Jahn, 2007, S. 17.

²⁰ Statistisches Bundesamt, Bundesagentur für Arbeit, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Institut für Freie Berufe, Berechnungen des IfM Bonn, 09/2011. (Alle in dieser Arbeit verwendeten Erhebungen des Statistischen Bun-

senen Schlüsselzahlen die Struktur und die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Mittelstands in Deutschland für 2009 und 2010:

Schlüsselzahlen des Mittelstands in Deutschland 2009/2010			
	Insgesamt	KMU	KMU-Anteil
Unternehmensbestand 2010	3,68 Mio.	3,67 Mio.	99,70%
darunter:			
Unternehmen lt. Unternehmensregister 2009	3.597.248	3.584.760	99,70%
Umsatzsteuerpflichtige Unternehmen 2009	3.135.542	3.125.894	99,70%
Handwerksbetriebe (31.12.2010)	987.818		
Umsatz der Unternehmen			
Umsatz von umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen 2009	4.897,94 Mrd.	1.903,56 Mrd.	38,90%
Umsatz der Unternehmen lt. Unternehmensregister 2009	4.978,94 Mrd.	1.947,97 Mrd.	39,10%
Beschäftigte / Auszubildende in Unternehmen/Betrieben			
Sozialversicherungspflichtige Beschäftigte in Unternehmen lt. Unternehmensregister 2009	25,17 Mio.	15,29 Mio.	60,80%
Sozialversicherungspflichtige Beschäftigte in Betrieben (31.12.2010)	26,29 Mio.	20,91 Mio.	79,60%
Auszubildende in Betrieben (31.12.2010)	1,62 Mio.	1,35 Mio.	83,20%
Selbstständige			
Selbstständige insgesamt 2010	4,26 Mio.		
darunter:			
Selbstständige in Freien Berufen (01.01.2011)	1,14 Mio.		
Selbstständigquote insgesamt 2010	10,90%		
Wirtschaftliche Leistung			
Nettowertschöpfung der Unternehmen 2009 (Nettoinlandsprodukt zu Faktorkosten)			51,30%

Abbildung Nr. 3: IfM Bonn, Schlüsselzahlen des Mittelstands in Deutschland 2009/2010

desamts, des IfM Bonn und Creditreform rekurren im Hinblick auf ihre Aktualität auf das erste Halbjahr 2012).

In Deutschland und in den restlichen EU-Mitgliedsstaaten sind über 99% aller Unternehmen den KMU zuzuordnen. Vielfach als „Rückgrat der deutschen Wirtschaft“²¹ bezeichnet, generierten in 2009/2010 über 3,6 Mio. KMU in Deutschland, das entspricht 99,70% aller Unternehmen, knapp 52% der Wertschöpfung dieses Landes. In dieser Auswertung waren somit weniger als 1% der Unternehmen Großunternehmen. Auf die KMU entfielen ca. 38,90% aller Umsätze und 60,80% aller Arbeitsverhältnisse aller Unternehmen, die im Unternehmensregister erfasst sind. Die Beschäftigungsquote sozialversicherungspflichtiger Arbeitsverhältnisse in Betrieben lag bei ca. 80%. Diese makroökonomischen Daten stützen eine häufig in der Literatur vertretene Annahme, dass die Stärke einer Volkswirtschaft von der jeweiligen Zahl an KMU abhängt. So reagieren Volkswirtschaften mit einer großen Anzahl an KMU im Allgemeinen weniger empfindlich auf Konjunkturschwankungen als Volkswirtschaften mit einem geringeren Anteil an KMU²².

In den letzten Jahren wurden von den verschiedensten Institutionen regelmäßig Untersuchungen und Erhebungen zu der

²¹ Schneck, 2006, S. 15.

²² Niederöcker, 2002, S. 5 f.

Frage nach der Struktur und der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des Mittelstands durchgeführt. Aus den bislang gewonnenen Erkenntnissen lässt sich unzweifelhaft eine Feststellung ableiten: Der Mittelstand in Deutschland trägt wesentlich zu wirtschaftlichem Wachstum und Beschäftigung bei.

II. Die GmbH als „klassische“ Rechtsform des Mittelstands

Die GmbH wird häufig als die „klassische“ Rechtsform des Mittelstands bezeichnet²³. Der breite Raum, den diese Rechtsform in der öffentlichen Wahrnehmung einnimmt, liegt darin begründet, dass die GmbH in Deutschland die nach Zahl und Umsatzstärke wichtigste Rechtsform für mittelständische Unternehmen darstellt. Sie ist aber gleichzeitig auch die am stärksten von Unternehmensinsolvenzen betroffene Rechtsform. Daraus folgt, dass die Bedeutung dieser Rechtsform sowohl positiv als auch negativ besetzt ist. Dieses Kapitel stellt daher zuerst die GmbH im Allgemeinen, die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) im Besonderen sowie die gesamtwirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtsform in den Mit-

²³ Deloitte, Compliance im Mittelstand, Studienserie „Erfolgsfaktoren im Mittelstand“, 2011, S. 7.

telpunkt der weiteren Betrachtung. Im Folgekapitel werden sodann die Problemfelder der mittelständischen GmbH angesprochen.

1. Die GmbH

Die GmbH ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaft (juristische Person), die ein in Geschäftsanteile aufgeteiltes Stammkapital aufweist und für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern als Haftungsmasse nur das Gesellschaftsvermögen gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG zur Verfügung steht. Die GmbH gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des HGB. Die speziellen rechtlichen Grundlagen einer GmbH finden sich im GmbHG.

1.1. Die Absichten des Gesetzgebers

Die GmbH sollte ursprünglich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ein „Mittelglied“ zwischen der AG und der OHG bilden²⁴. Insoweit bestimmten die anfänglichen Absichten, zwischen personalistischer und kapitalistischer Grundordnung zu

²⁴ Schubert, in: Lutter (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH - Gesetz, 1992, S. 1 ff.

vermitteln, zunächst die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum GmbH - Gesetz²⁵. Der Gesetzgeber hat sich jedoch schon frühzeitig auf eine Einheitsrechtsform der GmbH²⁶ festgelegt, anstatt unterschiedliche Normen für eine personalistisch und kapitalistisch strukturierte GmbH aufzustellen. Wenngleich die GmbH der Gruppe der Kapitalgesellschaften zugehörig ist, liegt ihr doch die Idee einer Typenvermischung zugrunde²⁷. Die Nähe der GmbH zur Personengesellschaft wird dadurch offenkundig, dass die Gesellschafter die innere Struktur der Gesellschaft im Wesentlichen frei gestalten können²⁸. Am Beispiel der GmbH ist erkennbar, dass die Grenzen zwischen personalistischer und kapitalistischer Beteiligung allmählich „verwischen“²⁹ und in der Praxis diesbezüglich fließende Übergänge zwischen diesen beiden Idealtypen bestehen³⁰. In neuerer Zeit wird die GmbH verstärkt auch als eine Art vereinfachte und verkleinerte Ausgabe der AG behandelt. Der Rechtsformdualismus zwischen der AG und der GmbH wurde unterhalb der Kapitalmarktschwelle bisweilen sogar als

²⁵ RGZ 80, 385 f. u. 81, 325 f.

²⁶ Schmidt, 1991, S. 50.

²⁷ Schmidt, 1991, S. 99.

²⁸ Immenga, 1970, S. 194 ff.

²⁹ Raiser/Veil, 2006, § 1 GmbHG, Rn. 4.

³⁰ Scholz, 2000, Einleitung, Rn. 35 ff.

entbehrlich angesehen. Nach dieser Ansicht wäre ein Einheitsrecht demnach ausreichend³¹.

1.2. Erscheinungsformen der GmbH

Die aus drei bis fünf Gesellschaftern bestehende personalistisch strukturierte GmbH bildet mit einem Anteil von ca. 70% die häufigste Erscheinungsform der GmbH³². Vielfach arbeitet ein Teil des Gesellschafterkreises in der GmbH persönlich mit. Der Gesellschafterkreis kann gemäß § 15 GmbHG durch Vinkulierung der Anteilsübertragung und Vorkaufsrechte begrenzt werden. Traditionell wird diese Erscheinungsform häufig von mittelständischen Familienunternehmen gewählt. Mit einem Anteil von ca. 25-30% an der Gesamtheit an GmbHs ist die Einmann - GmbH die zweitwichtigste Erscheinungsform³³. Sie kann durch Vereinigung der Anteile in einer Hand entstehen. Obgleich bei dieser Erscheinungsform kein Gesellschafterverbund existent ist, gilt auch hier das Trennungsprinzip, d.h. die GmbH hat ihr eigenes, selbstständiges Vermögen, das rechtlich von dem des Alleingeschafters zu trennen ist. Den

³¹ Roth, in Roth (Hrsg.), 1990, S. 1 ff.

³² Priester/Mayer, 2009, S. 10.

³³ Schmidt, in: Lutz (Hrsg.), FS Westermann, 2008, S. 1425 ff.

Gläubigern der GmbH haftet nach § 13 Abs. 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen. Praktische Anwendung findet die Einmann - GmbH vor allem in der Haftungsbeschränkung einzelkaufmännischer Unternehmen. Losgelöst von der Anzahl an Gesellschaftern finden etwa 15 bis 25% aller GmbHs als Komplementär - GmbH im Rahmen einer GmbH & Co. KG Verwendung. Vordringlichste Aufgabe dieser Erscheinungsform ist die Übernahme der persönlichen Haftung und die Wahrnehmung der Geschäftsführung der KG in Funktion einer Verwaltungs - GmbH. Die Beteiligungsverhältnisse an der Komplementär - GmbH und an der KG sind in der Regel identisch oder zumindest ähnlich³⁴. Eine weitere Erscheinungsform der GmbH ist die GmbH & Still. Hierunter wird eine Beteiligung eines oder mehrerer stiller Gesellschafter an einer GmbH bezeichnet. Die Vermögenslage und Gewinnbeteiligung sind handelsrechtlich nicht als Kapital des bzw. der stillen Gesellschafters / Gesellschafter, sondern als Schuldposten der GmbH im Sinne der §§ 253, 266 HGB zu bilanzieren. Infolgedessen besitzt / besitzen der bzw. die stillen Gesellschafter lediglich Gläubigerrechte. Die Beteiligung an einer GmbH & Still kann nicht von der Gewinnbeteiligung, aber von der Ver-

³⁴ Ebd.

lustbeteiligung ausgeschlossen werden. In diesen Fällen bleibt die Haftung auf die geleistete Einlage beschränkt. In aller Regel stehen dem bzw. den stillen Gesellschafter / Gesellschaftern nur begrenzte Kontroll- und Einsichtsrechte zu, jedoch keine Mitspracherechte. Zudem sind noch die so genannten Doppelgesellschaften von Bedeutung, bei denen sich der Zusammenschluss der Beteiligten nicht auf eine Gesellschaft beschränkt. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn die GmbH als gemeinsame Tochtergesellschaft mehreren Muttergesellschaften dient, beispielsweise bei konzertierten Vertriebsaktivitäten. Andererseits finden Doppelgesellschaften auch häufig Anwendung bei Betriebsaufspaltungen, um dem Ziel Rechnung zu tragen, die Risiken der laufenden Geschäftsaktivitäten auf die Betriebs - GmbH zu beschränken und das Anlagevermögen der Besitz - GmbH dem Gläubigerzugriff zu entziehen³⁵. Auch als Träger öffentlicher Unternehmen, die in privatrechtlichen Formen als so genannte Eigengesellschaften existieren, d.h. juristische Personen, deren Anteile allein die öffentliche Hand hält, oder gemeinwirtschaftliche Unternehmen, an denen neben öffentlich - rechtlichen Körperschaften auch private Unternehmen beteiligt sind, ist die GmbH weit verbreitet.

³⁵ Priester/Mayer, 2009, S. 10.

Für Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften sowie für Anwaltskanzleien und Architekturbüros nimmt die Rechtsform der GmbH ebenfalls an Bedeutung zu³⁶. Die GmbH ist auch in Betracht zu ziehen für Vereinigungen mit nicht erwerbswirtschaftlichen Zielsetzungen, da ihr die Zweckbindung fehlt. Als gGmbH (gemeinnützige GmbH) lässt sie sich als so genannte Nonprofit - Organisation (NPO)³⁷ konzeptualisieren³⁸, der besondere Steuervergünstigungen gewährt werden. Die gGmbH wird gemäß §§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, 14 AO von bestimmten Steuern ganz oder teilweise befreit, sofern ihre Satzung und tatsächliche Geschäftsführung den Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts entsprechen.

1.3. Konstitutive Merkmale der GmbH

Die Rechtsform der GmbH soll im Folgenden durch Herausarbeitung ihrer konstitutiven Merkmale definiert werden. Die ver-

³⁶ § 27 Abs. 1 WPO, § 49 Abs. 1 StBerG, § 59c Abs. 1 BRAO; Kempter/Kopp, NJW 2001, S. 777 ff.; Vieth/Schulze-Jander, NZG 1999, S. 1128.

³⁷ Nonprofit - Organisation sind frei-gemeinnützige oder privat-gewerbliche Trägerschaften, die ergänzend zu Staat und Markt unter anderem spezifische Zwecke der Bedarfsdeckung und Förderung und/oder Interessenvertretung für Mitglieder oder Dritte wahrnehmen; vgl. hierzu: Hopt/von Hippel/Walz, 2005; vgl. hierzu: Hopkins, 2009.

³⁸ Stock, NZG 2001, S. 440 ff.; Schröder, DStR 2008, S. 1069 ff.; Oberbeck/Winheller, DStR 2009, S. 516 ff.

schiedenen Merkmale ergeben sich aus dem Wesen dieser Rechtsform.

1.3.1. Haftungsbeschränkung

Die Attraktivität der Rechtsform der GmbH liegt sicherlich in dem dieser Rechtsform inhärenten Haftungsprivileg begründet, da sie in der Regel ihre Gesellschafter frei vom Risiko der persönlichen Haftung stellt³⁹. Trotz der Situation, dass wirtschaftliches Scheitern vielfach auf unternehmerisches Fehlverhalten zurückzuführen ist, ist die Legitimität des Haftungsprivilegs kaum umstritten, weil auch exogene Faktoren, wie beispielsweise Krisen, nationale Wirtschafts- und Währungspolitik, für das Scheitern verantwortlich sein können. Nicht zuletzt stellt die Haftungsbeschränkung auch eine Reaktion auf die Verschärfung der Haftungsrisiken durch Gesetzgebung, wie beispielsweise das Produkt- und das Umwelthaftungsgesetz⁴⁰ und Rechtsprechung dar.

³⁹ Schmidt, in: Lutz (Hrsg.), FS Westermann, 2008, S. 1425 ff.
⁴⁰ Ebd.

1.3.2. Ausschluss der Börsenfähigkeit

Der Ausschluss der Geschäftsanteile einer GmbH vom Handel am Kapitalmarkt gehört im Gegensatz zur AG und KGaA zu dem grundlegenden Spezifikum einer GmbH. Die Gestaltungsfreiheit, die insbesondere im Innenverhältnis der Gesellschafter gewährt wird, ist Korrelat des rechtlich eingeschränkten Handels mit den Geschäftsanteilen. Sie bietet den Gesellschaftern weitestgehende Flexibilität, um die Gesellschaft nach ihren Erfordernissen auszugestalten. Lediglich einzelne Regelungen zwischen den Gesellschaftern, wie beispielsweise der Schutz von Minderheitsgesellschaftern gemäß § 50 GmbHG, bedürfen einer zwingenden Ausgestaltung⁴¹.

Aktien bzw. Geschäftsanteile einer AG sind in aller Regel ohne Zustimmung der Gesellschaft nach den Regularien des Wertpapierrechts gemäß §§ 1, 2 WpHG und somit ohne notarielle Beurkundung übertragbar. Die Fungibilität bzw. der flexible und weitestgehend formfreie Umgang mit Aktien macht diese überhaupt erst börsenfähig. Im Gegensatz dazu müssen der Verkauf und die Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH

⁴¹ Keuper/Schunk, 2009, S. 42.

gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet werden. Schon aus diesem formalen Grund sind GmbHs als Anlagegesellschaften eher ungeeignet⁴². Damit eine GmbH börsenfähig würde, müsste der Handel mit Geschäftsanteilen erleichtert werden, allerdings nur unter Hinnahme einer fundamentalen Veränderung des GmbH - Rechts⁴³.

1.3.3. Flexibilität

Durch ihre Satzungsautonomie ist die GmbH ein bewegliches Instrument zur Gestaltung der individuellen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern. Der Grundsatz der Satzungsautonomie besagt, dass die Gesellschafter einen großen Gestaltungsspielraum haben, soweit zwingendes Recht dem nicht entgegensteht. Innerhalb dieser Grenzen können die Gesellschafter ihre Rechtsverhältnisse weitgehend autonom regeln⁴⁴. Im Rahmen der Satzungsautonomie sind auch zwischen den Organen Kompetenzverlagerungen möglich. Demgemäß können die Rechte des organschaftlichen Vertreters

⁴² Preußer, 2009, S. 25.

⁴³ Lutter, in: Lutter (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH - Gesetz, 1992, S. 49 ff.; Hennerkes/May, DB 1989, S. 1709 ff.; Altmeppen, in: Aderhold/Grunewald/Klingberg/Paefgen (Hrsg.), FS Westermann, 2008, S. 771 ff.

⁴⁴ In Bezug auf die Gestaltung der Verwaltungsrechte und die Organzuständigkeit der Gesellschafter, vgl. hierzu: §§ 45 - 51 GmbHG.

verstärkt bzw. zusätzliche Organe, wie Aufsichtsrat oder Beirat, mit eigenen Zuständigkeiten und Befugnissen geschaffen werden. Auch lassen sich die Positionen einzelner Gesellschafter durch Sonderrechte aufwerten, beispielsweise durch das Recht eines erhöhten Gewinnanteils oder die Bevorzugung eines Gesellschafters beim Liquidationserlös. All diese Faktoren sind Ausfluss der weitreichenden Satzungsautonomie einer GmbH und insofern Sinnbild flexibler Gestaltungsmöglichkeiten individueller Beziehungen⁴⁵.

1.4. Die Akzeptanz der GmbH im internationalen Kontext

Auf dem Gebiet des Rechts ist die GmbH der erfolgreichste deutsche Exportartikel⁴⁶. Schon kurz nach Inkrafttreten des am 20.04.1892 erlassenen GmbH - Gesetzes⁴⁷ wurde die neue Rechtsform in Ländern wie Österreich, Portugal, Brasilien und Ecuador eingeführt. In der zweiten Rezeptionswelle der 20er und 30er Jahre des vorigen Jahrhunderts kamen noch die Länder Türkei, Polen, Liechtenstein, Schweiz, Italien, Thai-

⁴⁵ Julia, 2009, S. 164.

⁴⁶ Priester/Mayer, 2009, S. 12.

⁴⁷ RGBI. S. 477.

land, Belgien, Luxemburg, Mexiko, China, Kuba, Chile, Argentinien, Kolumbien, Bolivien, Paraguay, Costa Rica, Bulgarien, Frankreich und Ungarn hinzu. Dänemark und die Niederlande haben die GmbH erst anlässlich ihres Beitritts zur Europäischen Union eingeführt. Ab Ende der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts kam es bei den postsozialistischen Staaten, insbesondere in Ungarn, der ehemaligen CSFR, der Russischen Föderativen Republik, Polen und Rumänien, zu einer neuerlichen Einführung der GmbH respektive zur Reform der bestehenden Regelungen. Mit Ausnahme der USA, Kanada, Schweden, Norwegen, Finnland und Indonesien ist die Rechtsform der GmbH heute in praktisch jedem Industriestaat anzutreffen⁴⁸.

2. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Bei einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) handelt es sich um eine GmbH, die allerdings gemäß § 5 a GmbHG als solche nach außen hin nicht als GmbH firmieren darf. Umgangssprachlich wird diese Variante der herkömmli-

⁴⁸ Lutter, in: Lutter (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH - Gesetz, 1992, S. 49 ff.; Junge, GmbHR 1992, S. 225 f.; Hachenburg/Behrens, 1975, Einleitung, Rn. 129 ff.

chen GmbH auch als „Mini-GmbH“ oder „Ein-Euro-GmbH“ bezeichnet.

2.1. Gesetzgebungsgeschichte

Das GmbH - Recht erfuhr mit dem zum 01.11.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des GmbH - Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁴⁹ eine tiefgreifende Veränderung. Der Gesetzgeber verfolgte mit dieser Gesetzesnovelle unter anderem das Ziel, ein gesellschaftsrechtliches Äquivalent zur englischen Limited zu schaffen⁵⁰. Anlass hierzu war, dass die Rechtsform der deutschen GmbH in Konkurrenz zu vergleichbaren ausländischen Rechtsformen vielfach als benachteiligt angesehen wurde, speziell im Hinblick auf die Freizügigkeit ausländischer Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt⁵¹. In der Hauptsache wurde von interessierten Kreisen die Gründung einer englischen Limited

⁴⁹ BGBl. I S. 2026, zu den Gesetzgebungsmaterialien s. BT-Drs. 16/6140 vom 25.07.2007 (Referentenentwurf samt Begründung, Stellungnahme des Bundesrats und Erwidern der Bundesregierung) und BT-Drs.16/9737 vom 24.06.2008 (Beschluss des Rechtsausschusses); dazu näher unten: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

⁵⁰ Gegenwärtig sind auf europäischer Ebene Bestrebungen im Gange, eine „Europa-GmbH“ ins Leben zu rufen, vgl. hierzu: Hommelhoff/Teichmann, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. Juni 2011, S. 23.

⁵¹ Niemeier, ZIP 2007, S. 1794 ff.

als besonders einfach und vorteilhaft dargestellt. Dieses Meinungsbild diente als Beweis für die Notwendigkeit einer Vereinfachung der GmbH - Gründung. Damit einhergehend wurde auch die Absenkung des Mindeststammkapitals gefordert, da dies vermeintlich ebenso wettbewerbsnachteilig sei. Die Realität hatte jedoch die Verfechter dieses Meinungsstands schnell eingeholt, da sich schon im Gesetzgebungsverfahren herauskristallisierte, dass sich die Modewelle zur Gründung von Limiteds längst ihrem Ende näherte⁵². Die mit der Gründung einer Limited verbundenen und oftmals von Anbietern dieser Rechtsform verschwiegenen höheren Folgekosten sowie die nicht unerheblichen Haftungsrisiken im Bereich der Kapitalerhaltung⁵³ sorgten letztlich dafür, dass das Interesse an der Gründung derartiger Gesellschaften verloren ging. Hinzu kam die auch im Gesetzgebungsverfahren herausgestellte Tatsache, dass Gesellschaften in der Rechtsform einer Limited oftmals von einem Personenkreis gegründet werden, der mit dem Privileg der Haftungsbegrenzung ohne Aufbringung eines Mindestkapitals zu Lasten des Geschäftsverkehrs und der Verbraucher unlautere Zwecke verfolgte respektive kein trag-

⁵²

Ebd.

⁵³

Miras, 2008, S. 28 ff.

fähiges Geschäftskonzept besaß⁵⁴. Dies war Anlass, dass nicht zuletzt der Mittelstand der deutschen Wirtschaft, für den sich die GmbH als vorteilhafte Rechtsform erwiesen hat, den Erhalt der GmbH in der bisherigen Form forderte, um sich von solch unseriösen Geschäftspraktiken abgrenzen zu können⁵⁵. In der politischen Diskussion führte dies letztlich zu einem Kompromiss: Für den deutschen Mittelstand bleibt die GmbH im Wesentlichen in der bisherigen Form erhalten. Um die Attraktivität des deutschen Gesellschaftsrechts zu erhöhen und der vermeintlichen Konkurrenz ausländischer Rechtsformen standhalten zu können, wurde dafür die Unternehmergesellschaft, kurz UG (haftungsbeschränkt), neu eingeführt⁵⁶.

2.2. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante der GmbH

Der Gesetzgeber scheute den mit der Schaffung einer neuen Rechtsform verbundenen Regulierungsaufwand und die damit verbundene Rechtsunsicherheit in der Phase bis zur Etablierung⁵⁷. Daher ist die im Zuge der Gesetzesänderung des

⁵⁴ Heckschen, DStR 2009, S. 166 ff.

⁵⁵ BT-Drs. 16/6140, 16/9737 zu Art. 1 Nr. 6.

⁵⁶ Priester/Mayer, 2009, S. 109.

⁵⁷ Seibert, GmbHHR 2007, S. 673 f.

GmbH - Rechts eingeführte Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nichts anderes als eine Rechtsformvariante der GmbH⁵⁸. Folgerichtig finden auf die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sämtliche Regelungen des GmbHG Anwendung, soweit diesen nicht ausdrücklich abweichende Sonderregelungen entgegenstehen. Diese Sonderregelungen finden sich lediglich in § 5 a GmbHG wieder und beziehen sich auf die Erfordernisse der Stammkapitalaufbringung bei Gründung. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kann als besondere Rechtsformvariante der GmbH zutreffend auch als so genannte „GmbH - light“⁵⁹ bezeichnet werden. Sie ist im Sinne des § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person, und für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG nur die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Sie kann ebenso als Ein- oder Mehrpersonengesellschaft gegründet werden.

⁵⁸ BT-Drs. 16/6140, 16/9737 zu Art. 1 Nr. 6.

⁵⁹ Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, S. 1485.

2.3. Besonderheiten der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Die Gründung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) entspricht weitgehend den Regularien der „normalen“ GmbH. Sonderregelungen sind lediglich hinsichtlich des Stammkapitals und seiner Aufbringung sowie der Firmierung der Gesellschaft zu beachten. Das Stammkapital der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) muss gemäß § 5 a Abs. 1 und 2 Satz 1 GmbHG mindestens € 1,00 und darf höchstens € 24.999,00 betragen. Zudem ist nach § 5 a Abs. 2 GmbHG nur eine Bargründung möglich. Das Stammkapital muss ebenfalls gemäß § 5 a Abs. 2 GmbHG vor der Anmeldung in voller Höhe eingezahlt werden. Der im Geschäftsverkehr offenkundigste Unterschied zwischen beiden Rechtsformen ergibt sich jedoch in der Firmierung. Da die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in der Regel kein mit der GmbH vergleichbares Stammkapital aufweist, muss sie in Abweichung von § 4 GmbHG in der Firmierung gemäß § 5 a Abs. 1 GmbHG den Zusatz „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Der Klammerzusatz (haftungsbeschränkt) darf hierbei weder abgekürzt noch weggelassen werden. Dies soll im Hinblick auf eine For-

derung der Wirtschaft gewährleisten, dass in der Praxis der Unterschied zwischen der bewährten GmbH und der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) offenkundig hervorgehoben wird⁶⁰. Allerdings unterliegt die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) strengeren Publizitäts- und Kapitalerhaltungsvorschriften. So darf sie beispielsweise Gewinne nicht voll ausschütten, sondern hat nach § 5 a Abs. 3 GmbHG davon jährlich 25% in eine gesetzliche Rücklage einzustellen. Die Verwendung dieser Rücklage unterliegt wiederum strengen gesetzlichen Restriktionen⁶¹. Sobald über die gebildete Rücklage ein Stammkapital in Höhe von € 25.000,00 erreicht wird, entfällt nach § 5 a Abs. 5 GmbHG die Regelung zur Rücklagenbildung, und aus der Unternehmergesellschaft wird eine „normale“ GmbH⁶².

⁶⁰ BT-Drs. 16/6140, 16/9737 zu Art. 1 Nr. 6.

⁶¹ Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen im Jahr 2007, S. 12.

⁶² Oppenhoff, BB 2008, S. 1630.

3. Gesamtwirtschaftliche Bedeutung der mittelständischen GmbH

„Die GmbH ist die Rechtsform für den Mittelstand“⁶³. Ihre Zahl ist, bezogen auf ihre zahlenmäßige Bedeutung, in den letzten Jahrzehnten sprunghaft angestiegen. Zum 01.01.1999 existierten in Deutschland insgesamt ca. 820.000 Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH mit einer Stammkapitalhöhe von gesamt ca. 302 Mrd. DM⁶⁴. Neuere Hochrechnungen und Schätzungen gehen von 900.000 GmbHs mit einer Stammkapitalhöhe von insgesamt ca. 150 Mrd. Euro aus. „In Deutschland gibt es ca. 1 Millionen GmbHs“⁶⁵. Aussagen wie diese wurden unter anderem in den Verlautbarungen des Bundesjustizministeriums zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁶⁶ publiziert. Statistisch lassen sich diese Zahlenangaben jedoch nicht zweifelsfrei belegen, da unterschiedliche Quellen mit zum Teil erheblich divergierenden Ergebnissen vorliegen. Die nachfolgende Darstellung il-

⁶³ Seibert, GmbHR 2006, S. R 241; BMJ, Pressemitteilungen, Zeit für Gründer - die GmbH-Reform, 29.05.2006.

⁶⁴ Hansen, GmbHR 1999, S. 24.

⁶⁵ BMJ, Pressemitteilungen, Zeit für Gründer - die GmbH-Reform, 29.05.2006.

⁶⁶ BGBl. I S. 2026, dazu näher unten: III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

lustriert beispielhaft entsprechende Erhebungen des Statistischen Bundesamts:

Anzahl der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsformen gegliedert							
Rechtsform	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einzelunternehmen	2.130.837	2.179.953	2.206.651	2.233.767	2.173.332	2.184.564	2.211.766
OHG und GbR	261.705	262.649	262.964	265.868	266.138	271.147	273.483
KG und GmbH & Co. KG	121.653	127.296	132.851	137.153	138.946	142.060	146.519
GmbH	452.946 14,92%	455.030 14,68%	458.218 14,59%	465.964 14,62%	473.782 15,11%	485.252 15,33%	500.920 15,58%
AG	7.258	7.329	7.631	7.862	7.939	7.992	8.029
Genossenschaften	5.357	5.267	5.184	5.192	5.169	5.195	5.365
Betriebe gewerblicher Art und Körperschaften des öffentlichen Rechts	6.117	6.192	6.206	6.286	6.293	6.384	6.360
Sonstige Rechtsformen	50.885	55.777	60.804	65.056	63.943	62.692	62.653
Alle Rechtsformen	3.036.758 100%	3.099.493 100%	3.140.509 100%	3.187.148 100%	3.135.542 100%	3.165.286 100%	3.215.095 100%

Abbildung Nr. 4: Anzahl der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsformen gegliedert, Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten 2008 vom 23.03.2010, Fachserie 14, Reihe 8.1. vom 28.03.2010, 31.05.2011 und 11.04.2013

Die vorangestellte Betrachtung im Siebenjahreszeitraum aller in Deutschland registrierten Gesellschaftsformen zeigt auf, dass sich, gemessen an der Gesamtheit aller Rechtsformen, der prozentuale Anteil der GmbHs konstant bei durchschnittlich ca. 15% bewegt. In absoluten Zahlen ausgedrückt bedeutet dies, dass das arithmetische Mittel bei 470.302 Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH liegt. Die Erhebung erfasst hierbei alle Unternehmen, deren Jahresumsatz € 17.500,00 übersteigt. Sie blendet dabei allerdings die umsatzsteuerlichen Organschaften gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG respektive die daran beteiligten Unternehmen aus⁶⁷.

Die vom Bundesjustizministerium akzentuierten 1 Million GmbHs lassen sich insofern, zumindest unter Zugrundelegung der Erhebungen des Statistischen Bundesamts, statistisch nicht belegen. Anders fallen jedoch die Zahlen laut den Geschäftsberichten der Amtsgerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus⁶⁸. Demgemäß existierten zum 31.12.2007 insgesamt 935.195 Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH. In dieser Statistik sind jedoch Unternehmen,

⁶⁷ Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten 2008, 23.03.2010.
⁶⁸ BMJ, Referat III 3, 3004/2c - B7 299/201, Geschäftsübersichten der Amtsgerichte für die Jahre 1995 bis 2007, 23.09.2011.

die in mehreren Städten Filialen und Betriebsstätten unterhalten, mehrfach genannt, obgleich nur ein einzelnes Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten existiert. Dies verdeutlicht einmal mehr, dass unterschiedliche statistische Untersuchungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, immer in Abhängigkeit von den ihnen jeweils zugrunde gelegten Parametern und Kriterien. Es verdeutlicht aber auch, dass beide empirisch belegbaren Ergebnisse, obgleich divergent in quantitativer Hinsicht, in der Praxis zu ähnlichen Rückschlüssen hinsichtlich der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der GmbH für den Mittelstand führen.

Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der GmbH beruht jedoch nicht nur allein auf der reinen Anzahl an Unternehmen. Die häufig in der Öffentlichkeit artikulierte Relevanz dieser Rechtsform ist zusätzlich das Ergebnis weiterer Bewertungsparameter und Maßstäbe. So liegt die Bedeutsamkeit der GmbH auch in ihrer relativen Größe am generierten Gesamtumsatzvolumen aller Rechtsformen⁶⁹. Anhand der nachfolgend aufgeführten Umsatzsteuerstatistik, welche die erwirtschafteten Jahres-

⁶⁹ Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten 2008, 23.03.2010.

umsätze den jeweiligen Rechtsformen zuordnet, lässt sich diese Signifikanz anschaulich verdeutlichen:

Umsätze der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsformen gegliedert							
Rechtsform	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
	M€						
Einzelunternehmen	492.827	519.337	522.855	535.956	507.222	527.930	556.960
OHG und GbR	228.480	231.132	231.683	234.825	218.629	224.309	230.564
KG und GmbH & Co. KG	1.070.680	1.158.131	1.206.563	1.250.983	1.141.043	1.203.512	1.314.754
GmbH	1.578.845	1.729.052	1.836.854	1.947.514	1.761.949	1.919.051	2.079.983
	34,57%	35,07%	35,68%	35,98%	35,97%	36,62%	36,57%
AG	895.755	949.057	985.646	1.037.478	891.398	950.204	1.037.476
Genossenschaften	52.302	54.559	57.278	62.379	59.043	61.614	66.823
Betriebe gewerblicher Art und Körperschaften des öffentlichen Rechts	29.777	30.487	31.237	33.789	37.358	39.652	42.074
Sonstige Rechtsformen	218.730	258.246	276.149	309.317	281.295	314.724	358.544
Alle Rechtsformen	4.567.396	4.930.001	5.148.265	5.412.241	4.897.937	5.240.996	5.687.178
	100%						

Abbildung Nr. 5: Umsätze der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsformen gegliedert, Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik, Eckdaten 2008 vom 23.03.2010, Fachserie 14, Reihe 8.1. vom 28.03.2010, 31.05.2011 und 11.04.2013

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht betrachtet, verdeutlicht die vorstehende Tabelle, dass im Verlaufe der vorbenannten Betrachtungsperiode rund 1/3 - Tendenz steigend - aller umsatzsteuerpflichtigen Lieferungen und Leistungen (größer € 17.500,00) in Deutschland von Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH erbracht wurden. Die Umsatzsteuerstatistik zeigt weiter, dass die GmbH bzgl. der steuerlich relevanten Umsätze vor der KG, der GmbH & Co. KG und der AG die Spitzenposition einnimmt⁷⁰.

Die statistischen Erhebungen machen insgesamt deutlich, dass die Rechtsform der GmbH für den Mittelstand, wenngleich zahlentechnisch nicht hinreichend belegbar, in der allgemeinen Wahrnehmung ein hohes Maß an Kreditibilität bzw. Glaubwürdigkeit besitzt. So schrieb Friedrich Merz als Mitglied im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages in einem Aufsatz zum Thema „Die GmbH im Jahr 2006 - ein Ausblick“⁷¹, dass die GmbH nach wie vor die mit Abstand beliebteste Rechtsform in Deutschland sei. Er verwies diesbezüglich auf eine zur damaligen Zeit gerade aktuelle Erhebung zum Thema bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Ge-

⁷⁰ Hansen, GmbHR 1991, S. 192; Paschke, ZHR 1988, S. 263 ff.

⁷¹ Merz/Gottschalk, GmbHR 2006, S. R001 ff.

sellschaftsrecht⁷². Die gleiche Studie kam zu dem Ergebnis, dass etwa 99% aller in Deutschland registrierten GmbHs den KMU - unter Beachtung der spezifischen KMU-Prämissen - zuzuordnen sind. Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass die Rechtsform der GmbH im Mittelstand weit verbreitet ist. Sie ist zudem mit einem Anteil von 95% aller eingetragenen Kapitalgesellschaften die in Deutschland gebräuchlichste Unternehmensform⁷³.

Die volkswirtschaftlich erhebliche Bedeutung der Rechtsform der GmbH darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die einzelne GmbH in der überwiegenden Zahl der Fälle klein ist. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang eine Aufgliederung der GmbHs für das Jahr 1987, wonach, unter Zugrundelegung der Größenklassen des § 267 HGB, nur 1,1% den großen GmbHs und 2,6% den mittleren GmbHs zuzuordnen waren. Die verbliebenen 96,3% entfielen auf die kleine GmbH. Diese Klassifizierung in der Größe bezieht sich auch auf die Höhe des Stammkapitals. So verfügten mehr als 70% aller

⁷² Kornblum, GmbHR 2006, S. 28.

⁷³ Unkelbach, Chinesische Handelszeitung - Ausgabe 181, 2006.

GmbHs lediglich über das für eine Gründung erforderliche gesetzliche Mindeststammkapital in Höhe von € 25.000,00⁷⁴.

⁷⁴ Junge, GmbHR 1992, S. 225 f.; Hansen, GmbHR 1995, S. 507 ff.

III. Charakteristische Problemfelder der mittelständischen GmbH

Die Rechtsform der GmbH ist für mittelständische Unternehmen die bedeutsamste Rechtsform⁷⁵. Zugleich ist diese Gesellschaftsform jedoch besonders häufig von der Insolvenz betroffen⁷⁶. In der Krise und besonders im Vorfeld derselben zeichnen eine Reihe von Faktoren und Symptome hierfür verantwortlich. Nach einer im Auftrag der Euler Hermes Kreditversicherungs-AG in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS) im Sommer 2006 durchgeführten Befragung von 125 Insolvenzverwaltern zu den originären Ursachen von Insolvenzen konstatierten 79% der Befragten, dass die Unternehmen über kein funktionierendes Controlling verfügten - hierunter wurden die Unternehmensplanung und das Risikomanagementsystem subsumiert. Auf dem zweiten Platz der Erhebung rangiert mit 77% die mangelnde Ausstattung des Mittelstands mit Eigenkapital bzw. eine sich hieraus ergebende geringere Kreditwürdigkeit. Ein unzureichendes Debitorenmanagement wurde von

⁷⁵ Bauer, 2008, S. 1.

⁷⁶ Ebd; Meyer, GmbHHR 2004, S. 1417 ff.

64% als dritthäufigste Insolvenzursache registriert. 58% der Befragten monierten als vierthäufigste Insolvenzursache eine zu kurzfristig angelegte bzw. fristeninkongruente Finanzierung⁷⁷. In Anlehnung an die Ergebnisse dieser Studie konzentrieren sich die folgenden Erwägungen inhaltlich auf die beiden letztlich zentralen Insolvenzursachen: fehlende Risikomanagementsysteme und stetig sinkende Eigenkapitalquoten. Diesbezügliche Ausführungen rekurrieren jedoch naturgemäß vornehmlich auf mittelständische Unternehmen im Allgemeinen. Insoweit wird, bedingt durch die zentrale Bedeutung der GmbH innerhalb dieser Zielgruppe⁷⁸, bei den Auswirkungen eines suboptimalen Risikomanagements und einer unzureichenden Eigenkapitalausstattung eine gewisse Proportionalität unterstellt, d.h. in dem Maße, wie mittelständische Unternehmen davon betroffen sind, sind auch Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH davon betroffen.

⁷⁷ Euler Hermes Kreditversicherungs-AG, Zentrum für Insolvenz und Sanierung Universität Mannheim, Studie Ursachen von Insolvenzen, 2006, S. 1 ff.

⁷⁸ Bauer, 2008, S. 1.

1. Suboptimales Risikomanagement

„Im deutschen Mittelstand ist der Einsatz von Risikomanagementsystemen noch nicht sehr weit fortgeschritten“⁷⁹. Etwaige Gründe, die einer Implementierung entgegenstehen, finden sich unter anderem in den zusätzlichen Kosten für Konzeption und Implementierung dieses Systems sowie in dem notwendigen Zeitbedarf, der angesichts fehlender Humanressourcen im Mittelstand vielfach eine kritische Barriere darstellt. Obwohl keine direkten gesetzlichen Verpflichtungen zum Risikomanagement bestehen, sind mittelständische Unternehmen, gerade vor dem Hintergrund verstärkt auftretender Kreditwürdigkeitsprüfungen und deren Erfordernisse, aufgefordert, sich intensiver denn je mit einem aktiven Risikomanagement zu befassen⁸⁰.

1.1. Allgemeiner Stand des Risikomanagements im deutschen Mittelstand

Unternehmerische Entscheidungen unterliegen fortwährend einem Risiko, da die genauen Auswirkungen solcher Ent-

⁷⁹ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 106.

⁸⁰ Ebd.

scheidungen im Regelfall nicht vorhersagbar sind und mithin die Gefahr gegeben ist, dass Ereignisse eintreten, die es einem Unternehmen nicht ermöglichen, seine Zielsetzungen bestimmungsgemäß zu erreichen⁸¹. Das Risikomanagement als solches stellt im Einklang mit dieser Entscheidungsproblematik ein bedeutsames unternehmerisches Instrumentarium dar, das grundsätzlich dazu beitragen kann, die unternehmerischen Ziele zu erreichen⁸².

Die zunehmende Globalisierung der Absatz- und Beschaffungsmärkte, geänderte rechtliche und soziokulturelle Rahmenbedingungen sowie eine gestiegene Signifikanz ökologischer Einflüsse sind Ausdruck des wirtschaftlichen Wandels der letzten Jahre. Diese Tendenzen sind zugleich verantwortlich für den Bedeutungszuwachs, den ein ganzheitliches unternehmensweites Risikomanagement erfahren hat. Unabhängig von der Unternehmensgröße soll ein Risikomanagementsystem die Führung eines Unternehmens in die Lage versetzen, künftig relevante Risiken zu antizipieren und diesen so zu begegnen, dass im schlimmst anzunehmenden Fall identifi-

⁸¹ Der Begriff Risiko wird in den Wirtschaftswissenschaften nicht einheitlich verstanden. Zur Risikodefinition vgl. hierzu: Diedrichs/Form/Reichmann, Controlling 2004, S. 189 ff.

⁸² Romeike, Controlling 2005, S. 271 f.

zierte Verlustpotenziale beherrsch- und handhabbar bleiben. Es zeigt sich jedoch am Beispiel der spektakulären Spekulationsverluste einiger Banken im Kontext der weltweit beobachteten Immobilien- und Kreditkrise, dass selbst große und renommierte Kreditinstitute offensichtlich erhebliche Defizite im Risikomanagement haben, obgleich sie strengen regulatorischen Anforderungen unterliegen⁸³.

Der hohe Grad an Gegenwartsbezogenheit und die Brisanz des Themas Risikomanagement sind jedoch nicht nur vor dem Hintergrund der jüngsten Ereignisse der internationalen Finanzmarktkrise zu sehen. Vielmehr weisen schon zahlreiche in diese Richtung durchgeführte empirische Untersuchungen der letzten Jahre ebenfalls auf die Bedeutung eines Risikomanagementsystems hin⁸⁴. Allerdings stellen diese Studien fast ausnahmslos auf Großunternehmen ab, wohingegen die kleinen und mittleren Unternehmen weitgehend vernachlässigt wurden, obgleich diese Gruppe das Gros aller in Deutschland ansässigen Unternehmen bildet⁸⁵.

⁸³ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 106.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ Dazu näher oben: B. II. (Die GmbH als „klassische“ Rechtsform des Mittelstands).

Für den Mittelstand existiert keine rechtliche Veranlassung, eine Risikovorsorge durch ein entsprechendes Risikomanagement sicherzustellen. Dieses für mittelständische Unternehmen immer noch fehlende Regulativ könnte zu der Ansicht verleiten, dass Risikomanagement für diese Unternehmen keine Relevanz besitzt und der Gesetzgeber aus diesem Grund bislang von einer gesetzlichen Normierung abgesehen hat⁸⁶. Dieser Rückschluss, sollte selbiger tatsächlich gesetzgeberseitig so intendiert worden sein, wäre allerdings fatal, da gerade die mittelständischen Unternehmen in den Insolvenzstatistiken prozentual einen gewichtigen Anteil darstellen⁸⁷. Insoweit ist die Notwendigkeit bzw. die betriebswirtschaftliche Veranlassung für die Implementierung eines Risikomanagementsystems in mittelständischen Unternehmen unzweifelhaft; vermag doch gerade ein wirksames Risikomanagement einen bedeutungsvollen Beitrag zur Früherkennung und Prävention von Unternehmenskrisen zu leisten.

⁸⁶ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 107.

⁸⁷ Dazu näher unten: B. IV. (Folgen ungelöster Probleme der mittelständischen GmbH).

1.2. Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems

Zunächst gilt es jedoch, soweit vorhanden, die gesetzlichen Verpflichtungen und Grundlagen für ein Risikomanagementsystem kurz vorzustellen: Die Legislative drängt in diesem Zusammenhang zunehmend darauf, dass in Unternehmen ein Risikomanagementsystem implementiert wird. Dies wird deutlich an den Vorschriften zur Erstellung und Prüfung des Lageberichts⁸⁸ und insbesondere des am 01.05.1998 in Kraft getretenen KonTraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich)⁸⁹. Durch dieses Gesetz wurde § 91 Abs. 2 in das AktG eingefügt, der den Vorstand verpflichtet⁹⁰, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden können. Die Aufgabe des Vorstands besteht hierbei nicht nur in der Implementierung eines solchen Risikoüberwachungs- und -managementsystems, sondern auch in der umfassenden Dokumentation der definierten Systemkomponen-

⁸⁸ §§ 264 Abs. 1 HGB, 5 Abs. 2 PubliG.

⁸⁹ BGBl. 1998 I S. 786.

⁹⁰ Bihr/Kalinowski, DStR 2008, S. 620 ff.

ten⁹¹. Dieser Paragraph ist als die zentrale Vorschrift im Kontext mit der Einführung eines Risikoüberwachungs- und -managementsystems anzusehen⁹². Entsprechend den Vorgaben des § 91 Abs. 2 AktG existiert mit dem § 317 Abs. 4 HGB noch eine weitere gesetzliche Vorschrift, die sich auf ein Risikomanagementsystem bezieht. Hierin wird gefordert, dass der Abschlussprüfer die Umsetzung und Funktionalität der dem Vorstand obliegenden Maßnahmen gemäß § 91 Abs. 2 AktG zu prüfen hat⁹³. Diese Vorschrift besitzt für börsennotierte Unternehmen ebenso Gültigkeit wie für solche, die nicht börsennotiert sind, aber ihren Prüfungsauftrag zu einer umfänglichen Abschlussprüfung nach § 317 Abs. 4 HGB erweitert haben. Für derartige Prüfungshandlungen existiert ein Prüfungsstandard des Instituts für Wirtschaftsprüfer (IdW)⁹⁴, der die Ansprüche an die Ausgestaltung eines Risikomanagementsystems konkretisiert und eine sachgerechte Prüfungsabfolge festlegt. Zudem enthält der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) gesetzesähnliche Vorschriften für deutsche börsennotierte Unternehmen, die sich inhaltlich auf deren Lei-

⁹¹ LG München I, Urteil vom 05.04.2007 - 5 HKO 15964/06, BB 2007, S. 2170; Huth, BB 2007, S. 2167 ff.; Theusinger/Liese, NZG 2008, S. 289 ff.

⁹² Palsherm/Seiler, KSt 2010, S. 29.

⁹³ Lorenz, in: Romeike (Hrsg.), 2008, S. 8.

⁹⁴ Prüfungsstandard IdW PS 340, Die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems nach § 317 Abs. 4 HGB.

tung und Überwachung beziehen, zugleich aber auch auf eine verantwortungsvolle Unternehmensführung abstellen⁹⁵. Kommentierungen zum DCGK machen jedoch deutlich, dass die Einrichtung eines Risikomanagementsystems nicht ausreicht, solange es lediglich auf bestandsgefährdete Risiken ausgerichtet ist. Weniger bedeutsame Risiken, die jedoch im Zusammenwirken miteinander zu einer Bestandsgefährdung erwachsen könnten, müssen vom Vorstand eines Unternehmens ebenfalls berücksichtigt werden. Einschätzungen dieser Art unterliegen dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gemäß § 93 Abs. 1 AktG⁹⁶. Diese Verhaltensregeln sind jedoch für Unternehmen, die nicht börsennotiert sind, nicht verpflichtend, obgleich eine Beachtung empfehlenswert ist⁹⁷.

Vergleichbare Regelungen, insbesondere analog zu der des § 91 Abs. 2 AktG, wurden in das GmbH-Gesetz nicht eingefügt. Entsprechende Verpflichtungen können sich aber für organschaftliche Vertreter, quasi als Ausstrahlung der vorbe-

⁹⁵ Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, Deutscher Corporate Governance Kodex, S. 2, abrufbar unter corporate-governance-code.de/ger/download/D_Kodex%2008_final.pdf.

⁹⁶ Dazu näher unten: D. II. (Die Selbstprüfungspflicht organschaftlicher Vertreter).

⁹⁷ Lorenz, in: Romeike (Hrsg.), 2008, S. 13.

zeichneten Regelung des Aktienrechts, aus der Verpflichtung zur Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs eines ordentlichen Geschäftsmanns nach § 43 Abs. 1 GmbHG ergeben⁹⁸. Der Gesetzgeber hat in der Begründung zum KonTraG ausdrücklich dem Willen Ausdruck verliehen, auch den organschaftlichen Vertretern einer GmbH Pflichten analog der Regelungen in § 91 Abs. 2 AktG aufzuerlegen⁹⁹. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass die in § 43 GmbHG geforderte Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung, zumindest bei der großen GmbH¹⁰⁰, die Einsetzung eines entsprechenden Frühwarnsystems notwendig macht¹⁰¹. Weitere im inhaltlichen Gleichklang zum KonTraG stehende Vorschriften sind die Krisenwarnpflichten durch Aufsichtsrat¹⁰² und Abschlussprüfer¹⁰³. Aber auch diese Regelungen scheinen für die Rechtsform einer GmbH eher ungeeignet, da ein vergleichbares Überwachungsorgan wie der Aufsichtsrat einer AG in der GmbH in der Regel nicht existent ist und auch nicht eingerichtet wird. Zu-

⁹⁸ Bauer, 2008, S. 4; dazu näher unten: D. II. (Die Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH).

⁹⁹ BT-Drs. 13/9712 vom 28.01.1998, S. 15, abrufbar unter dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/097/1309712.pdf.

¹⁰⁰ Kriterien für Größeneinteilung in § 267 HGB.

¹⁰¹ Drygala/Drygala, ZIP 2000, S. 297 ff.; Hopp, GmbH-Steuerpraxis 2000, S. 266 ff.

¹⁰² § 111 AktG.

¹⁰³ § 321 Abs. 1 HGB.

dem unterliegt die Prüfungspflichtigkeit von Unternehmen handelsrechtlichen Größenkriterien¹⁰⁴, die jedoch mehrheitlich vom Mittelstand nicht erfüllt werden.

1.3. Orientierungshilfen für ein Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen

Der Gesetzgeber hat die Verpflichtung zum Risikomanagement im Aktienrecht geregelt. Er hat jedoch weitestgehend offen gelassen, welche konkreten Anforderungen im Hinblick auf die Konzeption eines Risikomanagementsystems an die Unternehmen zu stellen sind bzw. welche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen. Der deutsche Standardisierungsrats¹⁰⁵ hat am 24.11.2000 den Standard Nr. 5¹⁰⁶ verabschiedet, der sich zwar grundsätzlich an Konzerne im Sinne der §§ 15 ff. AktG richtet, aber auch als inhaltliche Empfehlung an andere Unternehmen verstanden werden kann. Dieser Standard hat

¹⁰⁴ § 267 HGB.

¹⁰⁵ Das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e.V. (DRSC) wurde als nationale Standardisierungsorganisation geschaffen und mit Vertrag vom 03.09.1998 durch das Bundesministerium der Justiz als privates Rechnungslegungsgremium im Sinne des § 342 HGB als gesetzlicher Grundlage anerkannt. Unter dem Dach des DRSC wurde der Deutsche Standardisierungsrat (DSR) als unabhängiges Gremium gegründet. Der DSR führt die zur Erreichung der Ziele des DRSC erforderlichen Aufgaben aus.

¹⁰⁶ Deutscher Rechnungslegungs Standard Nr. 5, E-DRS 5, Risikoberichterstattung; vgl. hierzu: Smirska, 2009, S. 21; Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 107.

zum Inhalt, dass in einem Risikobericht als Teil des Lageberichts neben der Darlegung des Risikomanagementsystems auch eine Bestimmung der Risikofelder / -kategorien, die Darstellung und Quantifizierung der Risiken sowie die Beschreibung der Risikobewältigungsmaßnahmen erfolgen soll. Als zusätzliche Orientierungshilfe kann der bereits erwähnte Prüfungsstandard IdW PS 340 aus der Perspektive der Abschlussprüfung als weitere Konkretisierung von Anforderungen an ein Risikomanagement für die Unternehmenspraxis dienen. Hier stellt sich jedoch systembedingt die Frage, ob und inwieweit die vorbezeichneten Regelungen und Standards auch für mittelständische Unternehmen geeignet sind, da sie auf diese Zielgruppe nun einmal nicht ausgerichtet wurden¹⁰⁷.

Unternehmen orientieren sich bei der Ausgestaltung eines Risikomanagementsystems in der Praxis zumeist an einem Rahmenkonzept (Framework). Hier hat das 2004 in den USA durch das Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission (COSO) vorgestellte COSO-ERM (Enterprise Risk Management) internationale Beachtung gefunden¹⁰⁸. Of-

¹⁰⁷ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 107.

¹⁰⁸ Die hier genannte Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission (COSO) ist eine seit 1985 bestehende unabhängige private Organisation in den USA, deren Rahmenkonzepte internationale Geltung erhalten haben.

fen bleibt aber auch bei diesem System, wie eine den theoretischen Anforderungen genügende Ausgestaltung des Risikomanagements speziell für mittelständische Unternehmen aussieht, zumal das COSO-ERM, das ein unternehmensweites Risikomanagement unterstützen will, als „Mammut-Lösung“ mittelständische Unternehmen in der Regel überfordern und erhebliche Ressourcen zu seiner Umsetzung beanspruchen würde¹⁰⁹.

1.4. Entwicklungsstand des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen aus empirischer Sicht

Das Institut für Finanzdienstleistungen Zug (IFZ) der Hochschule Luzern hat gemeinschaftlich mit der Fachhochschule Bielefeld, Fachbereich Wirtschaft, eine umfangreiche Literatur- und Internetrecherche über alle bisher durchgeführten experimentellen Untersuchungen zum Thema „Risikomanagement“ respektive „Stand von Risikomanagementsystemen“ durchgeführt¹¹⁰. Die Recherche umfasste auf der Suche nach relevan-

Das COSO-ERM Framework ist ein Kontrollmodell, welches der Dokumentation, Gestaltung und Analyse des internen Kontrollsystems dient; vgl. hierzu: Westhausen, ZIR 2005, S. 98 f.

¹⁰⁹ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 107.

¹¹⁰ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 106 ff.

ten Studien und Veröffentlichungen neben der Sichtung entsprechender Literatur auch die Analyse von Datenbankkatalogen und des Internets. Zielsetzung dieser Erhebung war es, einen umfassenden Überblick über den Entwicklungsstand des Risikomanagements mittelständischer Unternehmen zu erhalten.

Die Untersuchung hat im Ergebnis gezeigt, dass es eine Vielzahl von empirischen Studien zum Thema Risikomanagement gibt, wobei sich diese vorwiegend mit Großunternehmen (börsennotierte AGs oder große GmbHs) befassen. Studien und Erhebungen, die sich ausschließlich oder als ein Bestandteil der Untersuchung mit mittelständischen Unternehmen auseinandersetzen, gibt es bis heute sehr wenige. Empirische Untersuchungen, die dennoch einen Bezug zum Mittelstand aufweisen, befassen sich inhaltlich jedoch mehrheitlich mit dem Rating bzw. der Verbesserung der Ratingposition von mittelständischen Unternehmen. Wenig überraschend wird als Resultat dieser Studien konstatiert, dass ein existentes Risikomanagement grundsätzlich zu einem verbesserten Ratingurteil führt¹¹¹. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich

¹¹¹ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 108.

die Ergebnisbetrachtung der vorbezeichneten Erhebung in der folgenden Darstellung auf mittelständische Unternehmen beschränkt. Diesbezüglich werden auch nur die relevanten Eckdaten und Aussagen der drei wichtigsten Studien und Veröffentlichungen skizziert:

1.4.1. Studie Tritschler (2001)

Die erste der drei vorgenannten Studien stammt aus dem Jahr 2001 und trägt den Titel „Risikomanagementsysteme – eine empirische Studie zum aktuellen Stand der Integration in deutschen und internationalen Unternehmen“. Die empirische Erhebung wurde von dem Controller Verein e.V. in Zusammenarbeit mit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young und der Fachhochschule Pforzheim durchgeführt¹¹². Im Zuge dieser Studie wurden 940 mittelständische und große Unternehmen angeschrieben, von denen 150 Unternehmen - Rücklaufquote ca. 16% - an der Befragung mitwirkten. Die Untersuchung brachte unter anderem die folgenden Erkenntnisse:

¹¹² Tritschler, Risikomanagementsysteme - eine empirische Studie zum aktuellen Stand der Integration in deutschen und internationalen Unternehmen an der FH Pforzheim in Kooperation mit dem internationalen Controllerverein e.V., 2001.

- Der Mittelstand tendiert dazu, die Unternehmensstrategie nur in Teilen in den gesamten Planungsprozess zu integrieren, welches aber unabdingbar für ein erfolgreiches Risikomanagement ist.
- Kennzahlensysteme sind das am meisten genutzte Instrument der Risikoidentifikation in Unternehmen. Zur Einordnung der Bedeutsamkeit einzelner Risiken wird die Kennzahlenanalyse bevorzugt eingesetzt.
- Die Bewertung von Risiken wird häufig auf der Grundlage subjektiver Kriterien vorgenommen.
- Insbesondere mittelständische Unternehmen vertreten die Auffassung, dass ein funktionierendes Berichtskonzept für ein optimales Risikomanagement nicht zwingend notwendig ist.
- Hauptsächlich im Mittelstand wird sichtbar, dass Verantwortlichkeiten zur Risikobewältigung und die kontinuierliche Beobachtung von Risikofeldern nicht oder nur ungenügend festgelegt werden.
- Die Festlegung der Risikopolitik von Seiten der Unternehmensführung fehlt oft gänzlich bzw. wird als unzulänglich gewertet.
- Eine gewachsene Risikokultur ist nur in den wenigsten Unternehmen vorhanden.

1.4.2. Studie Henschel (2003)

Die zweite der drei genannten Studien ist die einzige, die sich dezidiert mit dem Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen befasst hat. Sie wurde im Jahr 2003 veröffentlicht und trägt den Titel „empirische Untersuchung zum Risikomanagement im Mittelstand“¹¹³. Insgesamt wurden hierbei 1.692 mittelständische Unternehmen angeschrieben, von denen 266 Unternehmen - Rücklaufquote ca. 16% - an der Befragung teilnahmen. Die Studie wies noch eine weitere Besonderheit auf: Anliegen der Initiatoren war es, das Risikomanagement mit der Unternehmensplanung zu verknüpfen. Diesbezüglich sollte ein spezielles Instrument der Risikoerfassung und -bewertung eingesetzt werden: die Balanced Scorecard¹¹⁴. Insofern wurden im Rahmen der Befragung die Themen Unternehmensplanung, Risikomanagement und Balanced Scorecard abgehandelt. Die Untersuchung brachte unter anderem die folgenden Erkenntnisse:

¹¹³ Henschel, CM 2003, S. 523 ff.

¹¹⁴ Vgl. hierzu: Kaplan/Norton, 1996. Die 1992 von Robert S. Kaplan und David P. Norton eingeführte Balanced Scorecard (BSC) ist ein Konzept zur Dokumentation der Ergebnisse aus Messungen der Aktivitäten eines Unternehmens im Hinblick auf Vision und Strategie, um den Führungskräften einen umfassenden Überblick über die Leistungsfähigkeit und Effektivität der Organisation zu bieten; vgl. hierzu: Kaplan/Norton, 1997; vgl. hierzu: Friedag/Schmidt, 2007.

- 29% der Befragten gaben an, dass sie ein integriertes, mehrjähriges Unternehmensplanungssystem nutzten. Hiervon erklärten ca. 2/3, dass die Unternehmensplanungen aus unverbundenen Teilsystemen wie Liquiditätsrechnung, Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung bestehen. Der Planungshorizont einer mehrjährigen Unternehmensplanung liegt überwiegend bei zwei bis drei Jahren.
- Die Verantwortung für ein Risikomanagement trägt nach Ansicht der Befragten überwiegend die Geschäftsleitung. Erst danach folgen das Controlling und die kaufmännische Leitung.
- Als wichtigste Risikofelder wurden Marktrisiken, strategische Risiken und Risiken aus Geschäftsprozessen und –abläufen erkannt.
- 44% der Befragten erfassen ihre Risiken im vierteljährlichen Turnus. Davon konzentrieren sich ca. 2/3 der Unternehmen bei der Vorausschau der zu erfassenden Risiken auf einen kurzfristigen Bereich von ein bis zwei Jahren.
- Eine Prämisse dieser Studie war, dass das Risikomanagement auf der Unternehmensplanung aufbaut. Diese direkte Verbindung existierte aber nur bei 35% aller

untersuchten Fälle. Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass ca. 2/3 der mittelständischen Unternehmen nicht in der Lage sind, die Auswirkungen möglicher Risiken auf die Zielgrößen Erfolg und Liquidität zu determinieren.

- 2/3 der befragten Unternehmen gaben an, dass sie Standardbürosoftware einsetzen; Spezialsoftware für ein Risikomanagementsystem hat für mittelständische Unternehmen bislang keine Bedeutung.
- Die Balanced Scorecard wird von 13% der befragten Unternehmen genutzt; weitere 17% planen ihren Einsatz¹¹⁵.
- Etwas 50% der Balanced Scorecard Anwender nutzen selbige auch schon für die Zwecke des Risikomanagements.

1.4.3. Studie Höscher/Giebel/Karrenbauer (2006)

Die letzte der drei vorgestellten Studien trägt den Titel „Stand und Entwicklungstendenzen des industriellen Risikomanagements“. Die Ergebnisse der Studie wurde in zwei Teilen Ende

¹¹⁵ Rautenstrauch, in: Lingnau (Hrsg.), 2006, S. 1 ff.

2006 und Anfang 2007 publiziert¹¹⁶. Untersucht wurden 2000 Industrieunternehmen unterschiedlicher Branchen, die mittels eines Online-Fragebogens angeschrieben und befragt wurden. Insgesamt antworteten 138 Unternehmen; dies entspricht einer Rücklaufquote von ca. 7%. 22 Unternehmen waren innerhalb dieser Grundgesamtheit dem Mittelstand zugehörig. Folgende Erkenntnisse konnten hierbei gewonnen werden:

- Etwa 50% der Befragten gaben an, sich hauptamtliche Risikomanager nicht leisten zu können.
- Mit Hinweis auf die Unternehmensgröße führten 9% der befragten Unternehmen aus, dass sich ein Risikomanagementsystem nicht lohnt.
- Knapp 60% der mittelständischen Unternehmen haben kein vollständig integriertes Risikomanagementsystem. Es werden vielmehr nur bestimmte Teilbereiche des Systems genutzt.
- Eine unternehmensübergreifende Institutionalisierung des Risikomanagements sowie die damit einhergehende Einbindung der Mitarbeiter erfolgen nur bei ca. 30% aller mittelständischen Unternehmen.

¹¹⁶ Höschel/Giebel/Karrenbauer, Teil 1, ZRFC 2006, S. 149 ff.; sowie Teil 2, ZRFC 2007, S. 5 ff.

- 41% der mittelständischen Unternehmen verzichten gänzlich auf eine Risikoidentifikation.
- Risiken werden von knapp 64% der mittelständischen Unternehmen nicht nach objektiven Maßstäben bewertet. Die entsprechende Einschätzung unterliegt zumeist subjektiven Kriterien.
- 1/3 der mittelständischen Unternehmen erklärt, keine aktive Risikobewältigung vorzunehmen.

1.4.4. Ergebnisauswertung der Studien

Die dargelegten empirischen Erhebungen verdeutlichen, dass sich ein systematisches Risikomanagement in vielen mittelständischen Unternehmen noch nicht etablieren konnte¹¹⁷. Da es zudem bislang noch keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems für mittelständische Unternehmen gibt, sehen diese auch noch keine Dringlichkeit und Notwendigkeit, in diesem Bereich aktiv zu werden¹¹⁸. Diese Reaktanz ist, neben der fehlenden Methodenkenntnis, hauptsächlich auf die zusätzlichen Kosten für

¹¹⁷ An der Grundaussage dieser Untersuchungen hat sich auch in den Folgejahren nichts Wesentliches verändert, vgl. hierzu: Gunkel, 2010, S. 18 ff.; vgl. hierzu: Henschel (Verfasser der Studie 2003), ZRFC 2008, S. 149 ff.

¹¹⁸ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 111.

Konzeption und Implementierung sowie den damit verbundenen Zeitbedarf zurückzuführen. Gerade die eingehende zeitliche Befassung mit einem Risikomanagementsystem stellt für viele mittelständische Unternehmen, angesichts fehlender personeller Ressourcen, eine kritische Barriere dar. Einige der befragten Unternehmen vertraten die Ansicht, dass, angesichts ihrer geringen Betriebsgröße, ein Risikomanagementsystem nicht lohnenswert sei¹¹⁹, obgleich das mittelstandsimmanente Problem einer unzureichenden Eigenkapitalunterlegung¹²⁰ sehr schnell zu einem existenzgefährdenden Risiko erwachsen kann. Vor allen Dingen die extensivere Befassung von Kreditinstituten mit den potentiellen Risiken von Kreditnehmern im Rahmen der Basel II - Vorgaben erhöht zunehmend den Druck auf mittelständische Unternehmen, sich präventiv mit den eigenen Risiken zu beschäftigen¹²¹. Dies kann ceteris paribus zu einem verbesserten Rating und mithin zu günstigeren Zinskonditionen führen¹²².

Ein erzielbarer Mehrwert für mittelständische Unternehmen liegt demgemäß, bei entsprechender Nutzung eines Risiko-

¹¹⁹ Hölscher/Giebel/Karrenbauer, Teil 1, ZRFC 2006, S. 151.

¹²⁰ Dazu näher unten: B. III. 2. (Unzureichende Eigenkapitalausstattung).

¹²¹ Dazu näher unten: B. III. 2.3. (Eigenkapital - Indikator für die Kreditwürdigkeit).

¹²² Romeike, Controlling 2005, S. 274 f.

managementsystems, vornehmlich in der möglichen Optimierung der Finanzierungskonditionen bei Fremdfinanzierungen sowie der erfolgreichen Vermeidung bedrohlicher Unternehmenskrisen¹²³. Trotz der Situation, dass gegenwärtig eine wie auch immer geartete direkte gesetzliche Verpflichtung zum Risikomanagement für mittelständische Unternehmen noch fehlt, sind selbige aufgefordert, sich intensiver denn je mit einem aktiven Risikomanagement auseinanderzusetzen¹²⁴.

2. Mangelhafte Eigenkapitalausstattung

Nach der, wie bereits dargelegt¹²⁵, im Auftrag der Euler Hermes Kreditversicherungs-AG in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim (ZIS) im Sommer 2006 durchgeführten Befragung von 125 Insolvenzverwaltern zu den originären Ursachen von Insolvenzen konstatierten 77% die mangelnde Ausstattung des Mittelstands mit Eigenkapital bzw. eine sich hieraus ergebende geringere Kreditwürdigkeit. Das Ergebnis dieser Insolvenzursachenanalyse zeigt deutlich die Signifikanz des Eigen-

¹²³ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 67.

¹²⁴ Rautenstrauch/Wurm, KSI 2008, S. 111.

¹²⁵ Dazu näher oben: B. III. (Charakteristische Problemfelder der mittelständischen GmbH).

kapitals für mittelständische Unternehmen auf, insbesondere in der Rechtsform einer GmbH, da hier die Insolvenzanfälligkeit überdurchschnittlich hoch ist¹²⁶. Die hervorgehobene Bedeutung des Eigenkapitals wird in seiner funktionalen Vielschichtigkeit offenkundig: Das Eigenkapital bildet die Haftungsmasse gegenüber Gläubigern, Investoren und Kapitalgebern, haftet mithin für etwaige Verluste und gilt in dieser Funktion als Garant für die Rückzahlung des Fremdkapitals. Es ist zudem ein zentraler Indikator für die Bonität eines Unternehmens und damit für dessen Kreditbeurteilung¹²⁷.

Ohne Zweifel ist eine angemessene Höhe des Eigenkapitals Voraussetzung dafür, dass die zentralen Funktionen als Haftungsmasse und als Indikator für die Kreditwürdigkeit erfüllt werden können. Die nachfolgenden Ausführungen erläutern zunächst einführend die betriebswirtschaftliche und buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals. Sodann wird untersucht, ob die Angemessenheit der Höhe des Eigenkapitals überhaupt justiziabel ist. Im Anschluss daran werden die gesellschaftsrechtliche Haftungsdimension des Eigenkapitals

¹²⁶ Priester/Mayer, 2009, S. 13; Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 14.

¹²⁷ KfW, Die Entwicklung der Eigenkapitalausstattung kleiner und mittlerer Unternehmen 2002 bis 2005, Juni 2008.

bzw. deren Zweckmäßigkeit einer kritischen Funktionsanalyse unterzogen, wobei sich die Untersuchung auf das Stammkapital einer GmbH beschränkt, da, historisch bedingt und gesetzlich kodifiziert, dem Stammkapital die bedeutendste Gläubigerschutzwirkung zugesprochen wird. Danach wird die Funktion des Eigenkapitals als Bonitätsindikator eines Unternehmens dargestellt, da sie wichtige Rückschlüsse auf dessen Kreditbeurteilung liefert. Die detaillierte Beschreibung der zentralen Funktionen des Eigenkapitals soll einen Eindruck davon vermitteln, wie gerade diese Funktionalität in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Höhe der Eigenkapitalausstattung steht. Abschließend wird, quasi als eine Erklärung für die Insolvenzursachenanalyse und das Ergebnis einer unzureichenden Eigenkapitalausstattung, die Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen der letzten Jahre abgebildet.

2.1. Die betriebswirtschaftliche und buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals

Das Eigenkapital ist Teil des zur Finanzierung des betrieblichen Wertschöpfungsprozesses benötigten Gesamtkapitals

eines Unternehmens¹²⁸. In diesem Kontext sind zwei durchaus bedeutsame Dimensionen des Eigenkapitals zu unterscheiden: die betriebswirtschaftliche und die buchhalterisch-bilanzielle Dimension, wobei zwischen beiden Abhängigkeiten gegeben sind. Einführend wird jedoch zunächst der betriebswirtschaftliche Kapitalbegriff vorangestellt.

2.1.1. Der betriebswirtschaftliche Kapitalbegriff

Voraussetzung für den betrieblichen Wertschöpfungsprozess eines Unternehmens ist der Einsatz von Produktionsmitteln, wie Rohstoffe, Betriebsmittel, Maschinen, Gebäude u.ä., die entweder als solche eingebracht oder für eingelegtes Geld beschafft werden¹²⁹. Der in Geld bezifferte Inbegriff dieser Produktionsmittel ist das Kapital¹³⁰ bzw. die Geldwertsumme des in einem Unternehmen arbeitenden Vermögens¹³¹. Daraus folgt, dass das Vermögen eines Unternehmens eine potenzielle Kaufkraft darstellt, die allerdings zuerst in eine reale umgewandelt werden muss, bevor das Unternehmen über Geld

¹²⁸ Käppeli, 2009, S. 15 ff.

¹²⁹ Kairies, 1991, S. 11.

¹³⁰ Mellerowicz, 1973, S. 162.

¹³¹ Hartmann, 1957, S. 11.

verfügen kann¹³². Anders ausgedrückt, bindet das Vermögen investierte Gelder. „Kapital im Sinne der Buchführung und Bilanzierung ist somit als ein in Geldeinheiten gemessener abstrakter Anspruch auf das gesamte Unternehmensvermögen aufzufassen“¹³³. Insoweit sind Kapital und Vermögen zwei Bezeichnungen für ein und dieselbe Sache, die Gesamtheit aller Werte, die ein Unternehmen zur Erreichung seiner Ziele einsetzt¹³⁴.

2.1.2. Die betriebswirtschaftliche Dimension des Eigenkapitals

In betriebswirtschaftlicher Sicht ist das Eigenkapital Teil des zur Finanzierung des Leistungs- und Verwertungsprozesses benötigten Gesamtkapitals eines Unternehmens. Insoweit wird dem (Gesamt-) Kapital eine Dispositionsfunktion zugewiesen. Daraus folgt, dass die Aufnahme von Kapital zu einer Verfügungsmacht über Vermögensgegenstände führt, die unabdingbare Voraussetzung für unternehmerisches Handeln darstellt¹³⁵. Aus diesem Grunde sind Kapital und Unternehmen

¹³² Perridon/Steiner, 1999, S. 4.

¹³³ Heinen/Dietel, in: Heinen (Hrsg.), 1985, S. 908.

¹³⁴ Perridon/Steiner, 1999, S. 4.

¹³⁵ Vormbaum, 1981, S. 33.

untrennbar miteinander verbunden¹³⁶. Die bestands- oder zahlungsstromorientierte Finanzierung eines Unternehmens¹³⁷ bezieht sich auf dessen gesamten Wertschöpfungsprozess. Sie knüpft somit an Realgüterbewegungen an, die zeitlich parallel oder versetzt durch Nominalgüterbewegungen begleitet werden und die die Bereitstellung des hierfür benötigten Kapitals voraussetzen. Der Ermittlung des benötigten Kapitals wird in der Regel eine sowohl den Anlage- als auch den Umlaufkapitalbedarf berücksichtigende rechtsformneutrale Kapitalbedarfsrechnung zu Grunde gelegt¹³⁸. Daraus folgt, dass die Rechtsform eines Unternehmens in enger betriebswirtschaftlicher Betrachtung keinen Einfluss auf die Höhe des Kapitalbedarfs hat, dieser wird vielmehr durch andere Faktoren wie Leistungsprogramm und Anlagenintensität, Marktfaktoren und Vertriebswege, Vorratsintensität etc. determiniert. Ein Unternehmen verfügt demnach bei identischen leistungswirtschaftlichen und marktlichen Gegebenheiten über einen zu deckenden Kapitalbedarf in Höhe von X, gleich ob es als Einzelunternehmen, Personenhandelsgesellschaft, Kapitalgesellschaft oder rechtliche Mischform gegründet und geführt wird. Zur

¹³⁶ Hartmann, 1957, S. 11.

¹³⁷ Perridon/Steiner, 1999, S. 27 f.

¹³⁸ Perridon/Steiner, 1999, S. 347 f.

Deckung des ermittelten Kapitalbedarfs müssen dem Unternehmen von Außen oder Innen Mittel zugeführt werden. In vereinfachter Betrachtung soll die Mittelzuführung nach der klassischen Finanzierungstheorie dabei so gestaltet werden, dass Kapitalbindungsdauer und Kapitalfreisetzungsdauer weitgehend deckungsgleich sein sollen¹³⁹, d.h. durch die Fristenkongruenz von Vermögen und Kapital sollen finanzwirtschaftliche Ungleichgewichte verhindert und final sicher gestellt werden, dass die Liquidität des Unternehmens nicht gefährdet wird¹⁴⁰. Die als Dispositionsfunktion bzw. häufig auch als Einsatz- oder Arbeitsfunktion bezeichnete Aufgabe des Kapitals wird in der Betriebswirtschaftslehre bisweilen auch als dessen Grundfunktion charakterisiert¹⁴¹.

Sowohl Eigen- als auch Fremdkapitalgeber haben neben der Chance der Kapitalgewinnung auch das Risiko des Kapitalverlusts. Realisierte Gewinne/Verluste schlagen sich in der Bilanz des Unternehmens nieder, mit der Folge, dass Verluste zunächst eine Belastung des Vermögens darstellen und entsprechende Vermögensänderungen sodann die Kapitalseite nega-

¹³⁹ Dazu näher unten: D. III. 1.4.4. (Die Liquiditätskrise).

¹⁴⁰ Perridon/Steiner, 1999, S. 347 f.; Drukarczyk, 1993, S. 1 ff.; Spremann, 1996, S. 659 ff.

¹⁴¹ v. Arnim, Wirtschaftsdienst 1974, S. 152.

tiv beeinflussen¹⁴². Allerdings vollzieht sich im Hinblick auf die Rangfolge der eingetretenen Verluste eine klare Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital. Genau an dieser Stelle lässt sich aus der Einsatz- oder Arbeitsfunktion des (Gesamt-) Kapitals die Garantie- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals ableiten¹⁴³, da das Fremdkapital erst nach Aufzehrung des Eigenkapitals berührt wird¹⁴⁴. Das Eigenkapital hat als Risikoträger für das in der Unternehmertätigkeit begründete Wagnis daher Anspruch auf den erwirtschafteten Gewinn¹⁴⁵. Im Hinblick auf die Risikoträgerschaft sollte das Eigenkapital unter dem Aspekt der Verlustübernahme im Rahmen vernünftiger Überlegungen allerdings so bemessen sein, dass zu erwartende Verluste über mehrere Perioden hinweg aufgefangen werden können, ohne dass dabei die für die Fortführung des Unternehmens notwendige Mindesthöhe unterschritten wird¹⁴⁶. Aus diesen Überlegungen heraus lässt sich dem Eigenkapital auch eine Bestandssicherungsfunktion zuweisen, da ein unmittelbarer Zusammenhang dort existiert, wo der Tatbestand

¹⁴² Raettig, 1969, S. 125.

¹⁴³ Kairies, 1991, S. 14; Vormbaum, 1981, S. 34; dazu näher unten: B. III. 2.2.4. (Stammkapital und Gläubigerschutz im Krisenvorfeld).

¹⁴⁴ v. Arnim, in: Büschgen (Hrsg.), 1976, S. 284 ff.

¹⁴⁵ Samm, 1965, S. 26.

¹⁴⁶ Schwantag, ZfhF 1963, S. 225.

der Überschuldung seine Anwendung findet¹⁴⁷, insbesondere vor dem Hintergrund der Tatsache, dass eine klare Wechselseitigkeit zwischen der Insolvenzanfälligkeit eines Unternehmens und dessen Eigenkapitalausstattung besteht¹⁴⁸. Die Garantie- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals geht aber noch weiter, sie vermag auch die Grundlage neuer Geschäftsbeziehungen zu bilden, so dass dem Eigenkapital zusätzlich noch eine vertrauensbildende Funktion zukommt¹⁴⁹.

Bisweilen wird in der Literatur auch von der Liquiditätssicherungsfunktion des Eigenkapitals gesprochen¹⁵⁰. Demnach bestünde ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem bilanziellen Ausweis des Eigenkapitals und dessen Auswirkungen auf den Ausgleich eines Zahlungsdefizits¹⁵¹. „Das Eigenkapital verfügt gerade wegen der allgemeinen fehlenden Rückzahlungsverpflichtungen über eine Einsatzbreite, die auch vom langfristigen Fremdkapital nicht erreicht wird. Damit erleichtert

¹⁴⁷ Gruhler, AG 1984, S. 104.

¹⁴⁸ Albach/Baatz, 1983, S. 51 f.; Fritsch, 1981, S. 16 f.; Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Die Eigenkapitalausstattung der deutschen Wirtschaft, 1984, S. 8; dazu näher unten: B. V. (Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit).

¹⁴⁹ v. Arnim, Wirtschaftsdienst 1974, S. 153; dazu näher unten: B. III. 2.2.3. (Stammkapital und Gläubigerschutz in der Gründungs- und Anlaufphase).

¹⁵⁰ Scheibe-Lange/Volkmann/Welzmüller, 1983, S. 15.

¹⁵¹ Schwantag, ZfH 1963, S. 225.

es der Finanzdisposition die Abstimmung der Fristen und den Ausgleich des Zahlungsplans“¹⁵². Diese Annahmen gehen allerdings von der Vorstellung aus, dass die Größe Eigenkapital in einer bestimmten Geldform dem Unternehmen zur Verfügung steht, da nur dann die Möglichkeit einer Zahlungsdisposition gegeben wäre. Generell gilt aber, dass sowohl das Eigen- als auch das Fremdkapital im gesamten wirtschaftlichen Kreislauf des Unternehmens vergegenständlicht ist, und dies schließt auch die Geldform mit ein. Einer Bilanz ist in der Regel nicht zu entnehmen, ob die liquiden Mittel dem Eigen- oder dem Fremdkapital zugehörig sind¹⁵³. Eigenkapital entwickelt eine direkte Liquiditätswirkung nur bei von Außen zugeführten Barkapitalerhöhungen und/oder bei der freien Entscheidungsmöglichkeit bezüglich der Gewinnverwendung, beispielsweise in Form einer Gewinnausschüttung bzw. Gewinnthesaurierung¹⁵⁴. Neben der direkten wird dem Eigenkapital auch eine indirekte Liquiditätswirkung zugesprochen. So ist die Eigenkapitalquote (Verhältnis zwischen Eigen- und Gesamtkapital) eines Unternehmens ein relevanter Faktor der Kreditwürdigkeit. In diesem Zusammenhang wird vielfach von

¹⁵² Samm, 1965, S. 25; v. Arnim, in: Büschgen (Hrsg.), 1976, S. 287.

¹⁵³ Kairies, 1991, S. 17.

¹⁵⁴ Kairies, 1991, S. 18.

der Finanzierungsfunktion des Eigenkapitals gesprochen¹⁵⁵. Hierin spiegelt sich ebenso die Bestandssicherungsfunktion des Eigenkapitals wider, da zumindest ein mittelbarer Zusammenhang mit dem Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit besteht¹⁵⁶.

2.1.3. Die buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals

Im System der kaufmännischen Doppik ist das auf der Passivseite einer Bilanz ausgewiesene Eigenkapital abstraktes Äquivalent des dem Unternehmen in Form konkreten Vermögens zugeführter Kapitaleinlagen des/der Gesellschafter und/oder in Form konkreten Vermögens erwirtschafteter Gewinne. Insoweit signalisiert die handelsbilanzielle Größe Eigenkapital buchhalterisch lediglich, wer in welcher Höhe dem Unternehmen unbefristet verfügbares Eigenkapital zur Verfügung gestellt hat¹⁵⁷. Ein Mehr an Informationen ist damit aber zunächst nicht verbunden. Bisweilen wird die Ansicht vertreten, dass das Eigenkapital sich dadurch auszeichnet, dass es dem Un-

¹⁵⁵ Ebd.; dazu näher unten: B. III. 2.3. (Eigenkapital – Indikator für die Kreditwürdigkeit).

¹⁵⁶ Gruhler, AG 1984, S. 104.

¹⁵⁷ Coenenberg, 2001, S. 269 f.

ternehmen dauerhaft zur Verfügung steht¹⁵⁸. Allerdings unterliegt die Größe Eigenkapital regelmäßig quantitativen Veränderungen, jeweils in Abhängigkeit von erwirtschafteten Gewinnen/Verlusten. So schlagen sich Verluste eines Unternehmens in dessen Vermögen dadurch nieder, dass das Delta zwischen stattgefundenen Ausgaben und nicht äquivalent ersetzten Einzahlungen zu einer Belastung des Zahlungsbereichs führt¹⁵⁹. Verluste sind letztlich Ausdruck davon, dass Zahlungsverpflichtungen emanzipiert von Einzahlungen weiterhin bestehen und die sich dadurch reduzierende Vermögenssubstanz auf der Kapitaleseite nachgezogen wird. Dies führt im Ergebnis zu einer Minderung des Eigenkapitals, so dass im Grunde Eigenkapital repräsentierendes Vermögen an die Gläubiger fließt. So gesehen, ist die Überlebensdauer des Eigenkapitals letztlich ungewiss¹⁶⁰.

Die Größe Eigenkapital ist buchhalterisch-handelsbilanziell nichts anderes als die Differenz aus Vermögen einerseits sowie Schulden und Rückstellungen andererseits. Daran wird deutlich, dass der Eigenkapitalbegriff abstrakter Natur ist, also

¹⁵⁸ Wossidlo, 1985, S. 21; Olfert, 1985, S. 17.

¹⁵⁹ Raettig, 1969, S. 56.

¹⁶⁰ Raettig, 1969, S. 133.

durch keinen bestimmten Vermögensgegenstand repräsentiert wird¹⁶¹. Das so ermittelte Reinvermögen = Eigenkapital unterliegt als variable Residualgröße¹⁶² somit keiner Bewertung, sondern lediglich einer Wertfeststellung¹⁶³, die der Höhe nach durch die gesetzlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften determiniert wird. Insoweit ist das Eigenkapital eine abhängige Variable, die sich verändert, je nachdem, welche Maßstäbe bei der Bewertung zugrunde gelegt werden¹⁶⁴. Insbesondere bilanzpolitisch motivierte Gestaltungsmaßnahmen bei Ausweis und Wertansatz von Vermögen, Schulden und Rückstellungen in Form ausgeübter Wahlrechte können dabei dazu beitragen, die bilanzielle Größe Eigenkapital so zu verändern, dass positive unternehmerische Erfolge in der externen Wahrnehmung verstärkt bzw. negative unternehmerische Erfolge, zumindest partiell, kompensiert werden¹⁶⁵. Im Ergebnis kann dies die informatorische Eignung der buchhalterisch-bilanziellen Größe Eigenkapital als Indikator zur Krisenidentifikation beeinträchtigen. Gleichwohl vermag die Entwicklung bzw. Veränderung dieser Residualgröße eine Signalwirkung

¹⁶¹ Hartmann, 1957, S. 7.

¹⁶² Kairies, 1991, S. 32.

¹⁶³ Bitz/Stark, 2008, S. 218.

¹⁶⁴ Kairies, 1991, S. 32.

¹⁶⁵ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 253 HGB, S. 94 ff.

dergestalt zu geben, dass sie für Gläubiger einen wesentlichen Indikator für die Fähigkeit eines Unternehmens zur Schuldendeckung darstellt. Dies lässt sich zumindest bei rein formaler Betrachtung und Vernachlässigung der materiellen Werthaltigkeit des Eigenkapitals konstatieren, da die Größe Eigenkapital auf der formalen Ebene das Ausmaß anzeigt, in dem ein Unternehmen gegebenenfalls künftige Verluste hinnehmen könnte, ohne das Risiko einer bilanziellen Überschuldung mit allen damit verbundenen Konsequenzen in Kauf nehmen zu müssen¹⁶⁶. In diesem Kontext ist allerdings gleichzeitig einschränkend anzumerken, dass das bilanzielle Eigenkapital in aller Regel weder mit dem effektiv-bilanziellen noch mit dem tatsächlichen Eigenkapital übereinstimmt. Das effektiv-bilanzielle Eigenkapital entspricht dem um stille Reserven (+) und stille Lasten (-) korrigierten Eigenkapital¹⁶⁷, wohingegen zur Ermittlung des tatsächlichen Eigenkapitals das Unternehmen fiktiv oder real liquidiert werden müsste, so dass sich das Eigenkapital final als Überschuss der realen oder fiktiven Liquidationsein- und -auszahlungen darstellen würde¹⁶⁸. Für den Fall, dass sich kein Überschuss bzw. tatsächliches Eigen-

¹⁶⁶ Bitz/Stark, 2008, S. 218.

¹⁶⁷ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, Vorbemerkungen zu §§ 252-256 HGB, S. 10 f.

¹⁶⁸ Kairies, 1991, S. 23 ff.

kapital aus einer Liquidation darstellen ließe, wären möglicherweise die mit Liquidationswerten evaluierten Vermögensgegenstände zur Schuldentilgung nicht ausreichend¹⁶⁹. Die letztgenannte Betrachtungsebene weist insoweit einen unmittelbaren insolvenzrechtlichen Bezug auf.

Der Bilanzausweis des Eigenkapitals knüpft unmittelbar an die Rechtsform des Unternehmens an. Während Einzelunternehmer und Personenhandelsgesellschaften durch variables Eigenkapital charakterisiert sind¹⁷⁰, weisen Unternehmensrechtsformen mit Haftungsbeschränkung wie beispielsweise GmbH, AG, KGaA konstantes und - ganz oder anteilig - variables Eigenkapital aus. Das konstante, als gezeichnetes Kapital ausgewiesene Nominalkapital solcher Unternehmen entspricht dem durch Gesetz oder Satzung festgelegten Stammkapital der GmbH, wohingegen die variablen Eigenkapitalteile wie Rücklagen, Jahresüberschuss oder Jahresfehlbetrag sowie Gewinn- oder Verlustvortrag regelmäßigen Veränderungen aufgrund der wirtschaftlichen Lage sowie unternehmerischen Entscheidungen unterworfen sind¹⁷¹.

¹⁶⁹ Ebd.

¹⁷⁰ Das Eigenkapital wird periodisch durch den unternehmerischen Erfolg, Einlagen und Entnahmen verändert.

¹⁷¹ Coenenberg, 2001, S. 269 f.

2.2. Eigenkapitalausstattung und Unterkapitalisierung

Das Problem einer zu geringen Eigenkapitalausstattung¹⁷² und die damit verbundene Gefahr der Insolvenzanfälligkeit treffen besonders Unternehmen in der Rechtsform der GmbH¹⁷³. Die tendenzielle Finanzschwäche dieser Rechtsform war Anlass zahlreicher Reformüberlegungen, die GmbH börsenfähig zu machen, um ihren Kapitalbedarf zu decken¹⁷⁴. Diese erwiesen sich jedoch angesichts vieler Bedenken und Unwägbarkeiten als eher ungeeignet¹⁷⁵.

Bei dem Problem der Unterkapitalisierung ist generell zwischen der nominellen und materiellen Unterkapitalisierung zu unterscheiden. Bei einer nominellen Unterkapitalisierung genügt die Höhe des Stammkapitals zwar den finanziellen Anforderungen des Unternehmens nicht, doch kann der fehlende Finanzbedarf noch durch Fremdkapital, insbesondere durch an das Unternehmen ausgereichte Gesellschafterdarlehen,

¹⁷² Scholz, 2002, § 13 GmbHG, Rn. 81.

¹⁷³ Baums, ZIP 1997, S. 1942 ff.; Haas, DStR 2006, S. 993 ff.

¹⁷⁴ Berichte der Kommission „Zweiter Börsenmarkt“ - Börsenzugang für kleinere und mittlere Unternehmen 1987, herausgegeben vom Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie Baden-Württemberg und der Arbeitsgruppe „Zweiter Börsenmarkt“ 1989.

¹⁷⁵ Dazu näher oben: B. II. 1.3.2. (Ausschluss der Börsenfähigkeit).

gedeckt werden¹⁷⁶. Materiell unterkapitalisiert ist ein Unternehmen dann, wenn die Gesellschafter die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erforderlichen Eigenmittel nicht aufgebracht haben¹⁷⁷, d.h. das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- bis langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen¹⁷⁸. Folglich entsteht eine materielle Unterkapitalisierung zu einem Zeitpunkt, in dem ein Unternehmen nicht mehr kreditfähig ist und das Eigenkapital nicht mehr dem Geschäftsumfang entspricht. Die mangelnde Eigenkapitalausstattung ist solange irrelevant, als das Unternehmen den Finanzbedarf durch Dritte decken kann¹⁷⁹.

Problematisch ist in den Fällen der Unterkapitalisierung, dass das GmbH - Gesetz keine Verpflichtung zu einer über das gesetzliche Stammkapital hinausgehenden Kapitalausstattung konstituiert hat, da es kaum möglich ist, durch den Gesetzgeber ein betriebswirtschaftlich notwendiges Eigenkapital zu de-

¹⁷⁶ Michalski, 2010, § 13 GmbHG, Rn. 360.

¹⁷⁷ Raiser/Veil, 2006, § 29 GmbHG, Rn. 39.

¹⁷⁸ Hachenburg/Ulmer, 1997, § 30 GmbHG, Rn. 16.

¹⁷⁹ Ehricke, AcP 199, 1999, S. 257, 304; Kahler, BB 1985, S. 1429 ff.

finieren¹⁸⁰. Die Schwierigkeiten ergeben sich gerade bei der genauen Bestimmung der Grenze der Unterkapitalisierung, zumal die Betriebswirtschaftslehre bislang noch keine in der Praxis handhabbaren Kriterien für die Bestimmung einer angemessenen Eigenkapitalausstattung entwickelt hat. Die fehlende Orientierung der Kapitalausstattung am individuellen Bedarf des Unternehmens und der ungenügende Schutz gegen die Aufzehrung des Haftungsfonds durch Verluste werden sich insoweit nur schwer lösen lassen. Unternehmen könnten allenfalls über das Stammkapital zu einer ausreichenden Kapitalaufbringung verpflichtet werden¹⁸¹. Bestrebungen dieser Art könnten allerdings die Abkehr von einem formellen Stammkapital hin zu materiellen Finanzierungsregeln bedeuten¹⁸² mit der Folge, dass sodann bei der Höhe der Eigenkapitalausstattung der individuelle Geschäftszweck des Unternehmens zu berücksichtigen wäre¹⁸³. Eine diesbezügliche Reform des GmbH-Gesetzes wäre jedoch grundlegender Natur und wurde deshalb weder für erforderlich noch für wünschenswert erachtet¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Priester/Mayer, 2009, S. 14.

¹⁸¹ Doralt/Nowotny/Kalss, 2003, S. 415.

¹⁸² Lutter, in: Jayme (Hrsg.), FS Riesenfeld, 1983, S. 165, 175 ff.

¹⁸³ De Maizière, in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), FS Kollhoser, 2004, S. 418.

¹⁸⁴ Hachenburg/Behrens, 1992, Einleitung, Rn. 103.

2.3. Stammkapital – Haftungsmasse für die Gläubiger

Das Stammkapital einer GmbH soll den Gläubigern des Unternehmens als eine Art Garantiesumme zur Verfügung stehen. Aufgrund dieser abstrakten Funktionszuweisung wird nunmehr im Folgenden das Stammkapital als Haftungsmasse für die Gläubiger einer eingehenderen Betrachtung unterzogen.

2.3.1. Stammkapital

Die Rechtsform der GmbH ist eine aus einem oder mehreren Gesellschaftern bestehende Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Wesensmerkmal derselben ist gemäß § 5 GmbHG ein in Stammeinlagen zerlegtes Stammkapital, auch statuarisches Kapital oder Stammkapitalziffer genannt¹⁸⁵. Mit dem Stammkapital wird der von den Gesellschaftern in der Satzung respektive im Gesellschaftsvertrag garantierte Wert angegeben, den diese zu Gunsten der GmbH und damit mittelbar zu Gunsten ihrer Gläubiger aufbringen¹⁸⁶. Eine Herauf- und/oder Herabsetzung des Stammkapitals unterliegt äußerst

¹⁸⁵ Schmidt, 1991, S. 817.

¹⁸⁶ Wiedemann/Frey, 2001, Rn. 298.

restriktiven gesellschaftsrechtlichen Regelungen¹⁸⁷. Die Veränderung desselben kann nur im Wege einer Satzungsänderung herbeigeführt werden¹⁸⁸. Das Stammkapital, das die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft darstellt, ist ziffernmäßig anzugeben. Ungenaue Angaben würden zur Nichtigkeit führen¹⁸⁹. Das Stammkapital soll in stringenter Anwendung dieser Vorgaben den Gläubigern verdeutlichen, in welcher Höhe mindestens Vermögenswerte in der GmbH vorhanden sind. Diesem Primat des Gläubigerschutzes Rechnung tragend, hat der Gesetzgeber für das Stammkapital einer GmbH eine Mindesthöhe festgelegt. Die normativ festgelegte Mindesthöhe spiegelt die Gläubigerschutzfunktion des Stammkapitals wider.

Zur Bestimmung der Gläubigerschutzfunktion des Stammkapitals bedarf es jedoch zunächst einer trennscharfen begrifflichen Abgrenzung von Eigen- und Stammkapital. Das Stammkapital ist, wie bereits erwähnt, die durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag betragsmäßig bestimmte festgelegte Größe, welche, zumindest anfänglich, mit der Summe der Stammein-

¹⁸⁷ §§ 55 ff. GmbHG.

¹⁸⁸ Scholz, 2000, § 3 GmbHG, Rn. 26.

¹⁸⁹ Scholz, 2000, § 3 GmbHG, Rn. 23.

lagen der einzelnen Gesellschafter übereinstimmt¹⁹⁰. Zur Gesamtgröße Eigenkapital gehören neben dem Stammkapital, das gemäß § 5 GmbHG mit einer Mindesthöhe ausgestaltet und insoweit eher als bloße Rechnungsgröße anzusehen ist, die Rücklagen, einbehaltene Gewinne, wie beispielsweise Gewinnvorträge, sowie die Nachschüsse. Die stillen Reserven sind aus dem Blickwinkel des Gläubigerschutzgedankens gleichfalls in diesem Kontext zu nennen, wenngleich sie nicht dem Eigenkapital im engeren Sinne zuzurechnen sind¹⁹¹. Das Stammkapital ist insofern ein dezidiert abgrenzbarer Teil des Eigenkapitals. Es stellt einen in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag bestimmten Nennbetrag dar, der nach § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens € 25.000,00 zu betragen hat. Den Gläubigern einer GmbH soll nach den normierten Grundsätzen des § 13 Abs. 2 GmbHG nur die Gesellschaft haften, d.h. die GmbH als juristische Person haftet für ihre Verbindlichkeiten mit dem gesamten Gesellschaftsvermögen. Im Regelfall ist der direkte Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf Gesellschafter einer GmbH ausgeschlossen. Die Verpflichtung der Gesellschafter besteht lediglich darin, die übernommene Stammeinlage ordnungsgemäß zu leisten und in das Vermögen der

¹⁹⁰ Weitbrecht, 1990, S. 14; Köbler, 2002, S. 460.

¹⁹¹ Weitbrecht, 1990, S. 130.

GmbH einzubringen. Insoweit ist die Haftung der Gesellschafter auf die Höhe ihres Anteils am Stammkapital beschränkt. Daher ist es von Bedeutung, dass die GmbH - auch schon bei ihrer Gründung - mit einer gewissen Vermögensmasse ausgestattet ist¹⁹², damit die Gläubiger zumindest durch die feste Größe des Stammkapitals geschützt werden.

2.3.2. Haftungsbeschränkung vs Gläubigerschutz

Die Haftungsbeschränkung einer GmbH steht häufig im Widerspruch zum Gläubigerschutzgedanken. Nachfolgend werden die Bedeutung und Konsequenz eines effektiven Gläubigerschutzes im Verhältnis zur Haftungsbeschränkung herausgearbeitet.

2.3.2.1. Bedeutung und Konsequenz eines effektiven Gläubigerschutzes

Im Allgemeinen trägt zwar jeder Gläubiger das Insolvenzrisiko seines Schuldners verbunden mit dem Grundsatz, dass der Schuldner auch mit seinem gesamten Vermögen unbe-

¹⁹² Grunewald, 2002, Rn. 112.

schränkt persönlich haftet. Im speziellen Fall der Kapitalgesellschaft mit ihrem gesellschaftsrechtlichen Privileg der beschränkten Haftung besteht jedoch die Gefahr, dass Risiken auf Gläubiger verlagert werden, obwohl diese keinen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens haben¹⁹³. „Demzufolge fordert das Gläubigerschutzprinzip als Korrelat zur beschränkten Haftung, dass das Unternehmens- und Ausfallrisiko zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitalgebern angemessen verteilt wird“¹⁹⁴. Hierbei spielen die jeweiligen Funktionen von Eigen- und Fremdkapital eine gewichtige Rolle. Eigen- und Fremdkapital werden in der Regel dem Unternehmen zur Verfügung gestellt, um den Leistungsprozess zu finanzieren. Parallel dient das Eigenkapital jedoch auch als Risikokapital, da Unternehmensverluste zuerst das Eigenkapital treffen. Das Ausfallrisiko der Fremdkapitalgeber greift also erst dann, wenn das Eigenkapital aufgebraucht ist¹⁹⁵.

¹⁹³ Wiedemann, 1980, § 10 VI 1.

¹⁹⁴ Ebd.

¹⁹⁵ Habersack, 2003, Rn.150, der aber auch klarstellt, dass das Eigenkapital diese Pufferfunktion unabhängig davon übernimmt, ob seine Aufbringung durch Gesetz vorgeschrieben ist oder auf einer privatautonomen Entscheidung beruht.

2.3.2.2. Das Prinzip der beschränkten Haftung

Das Kernelement der GmbH, die Haftungsbeschränkung auf ihr Gesellschaftsvermögen, ist wohl der Hauptgrund für ihre Beliebtheit und weite Verbreitung. Jede Haftungsbeschränkung beinhaltet jedoch naturgemäß auch eine Belastung des Rechtsverkehrs. Diese Belastung bedarf daher einer besonderen Legitimation¹⁹⁶. „Gläubigerschutz ist der Preis für die Haftungsbeschränkung“¹⁹⁷. Die Gesellschaftsform der GmbH mit den Vorzügen der Haftungsbeschränkung stellt demzufolge entsprechende Ansprüche an die Legislative, die zum einen den sowohl wirtschaftlich als auch politisch gewollten Haftungsbeschränkungen Rechnung tragen, zum anderen aber auch den Gläubigerschutzgedanken weitgehend gewährleisten und Missbräuchen vorbeugen muss¹⁹⁸. Insoweit können diese an den Gesetzgeber gerichteten Ansprüche auch ein gewisses Maß an Konfliktpotenzial bieten, und zwar dann, wenn das normierte Haftungsprivileg gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG mit dem Gläubigerschutzgedanken kollidiert und eine

¹⁹⁶ Schmidt, 2002, § 33 III 1 b u. c.

¹⁹⁷ Bauer/Heidinger, Vortragsveranstaltung des Deutschen Anwaltsinstituts e.V., 2008, S. 102.

¹⁹⁸ Schmidt, 1991, S. 824 ff.

gewisse Form der Unvereinbarkeit beider - im Extremfall sich diametral gegenüberstehenden - Positionen zu Tage tritt.

Das Gegengewicht zur Haftungsbeschränkung bilden die strengen gesetzlichen Einlagevorschriften für die Gesellschafter¹⁹⁹. Als überwachendes und wertsicherndes Regulativ, welches die gesetzeskonforme Aufbringung und den Erhalt des Stammkapitals überwacht, dienen die restriktiven Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG. In diesem Kontext sollen die Kapitalaufbringungsvorschriften des GmbHG²⁰⁰ sicherstellen, dass das Stammkapital ordnungsgemäß von den Gesellschaftern in das Vermögen der Gesellschaft eingebracht wird²⁰¹, wohingegen, quasi flankierend, die Kapitalerhaltungsvorschriften²⁰² gewährleisten sollen, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter aus- oder zurückgezahlt wird (Ausschüttungsverbot)²⁰³. Diese Normen sehen also vor, dass den Gläubigern ein Ausgleich dafür geschaffen werden soll, dass sie sich hinsichtlich ihrer Ansprüche gegen die Ge-

¹⁹⁹ Baumbach/Hueck, 2000, § 13 GmbHG, Rn. 16.

²⁰⁰ §§ 5 ff. GmbHG.

²⁰¹ Preuß, JuS 1999, S. 342.

²⁰² §§ 30 ff. GmbHG.

²⁰³ Bauer, 2008, S. 173.

sellschaft nicht an die einzelnen Gesellschafter und ihr Privatvermögen, sondern nur an das Gesellschaftsvermögen halten können. Der gläubigerseitige Zugriff auf das Gesellschaftskapital ist insofern im Wesentlichen durch die gesicherte Kapitalaufbringung bei Gründung sowie durch Maßnahmen zu Kapitalerhaltung während der Tätigkeit sicher zu stellen.

Zum Verlust des Haftungsprivilegs der Gesellschafter kann es jedoch auch kommen, wenn Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen. Somit ist die gesellschafterseitige Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH die unabdingbare Voraussetzung für die regelkonforme Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs²⁰⁴. Mit dem Urteil „Bremer Vulkan“²⁰⁵ hat der BGH entschieden, dass sich die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GmbH nach den Regularien der Kapitalerhaltungsvorschriften des GmbHG richtet.

²⁰⁴ Bauer, 2008, S. 186.

²⁰⁵ BGH, Urteil vom 17.09.2001 - II ZR 178/99, NJW 2001, S. 3622, ZIP 2001, S.1874.

Die GmbH darf demnach nicht durch Eingriffe der Gesellschafter außerstande gesetzt werden, form- und fristgerecht ihre Verbindlichkeiten zu bedienen. Der diesbezüglich durch die Rechtsprechung des BGH geprägte und beständig weiter präzisierter Tatbestand des „existenzvernichtenden Eingriffs“²⁰⁶ wird dabei wie folgt definiert: „Missbräuchliche, zur Insolvenzreife der Gesellschaft führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe des Gesellschafters in das zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zweckgebundene Gesellschaftsvermögen“²⁰⁷, also fehlende Rücksichtnahme des Gesellschafters auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens und Entzug der Mittel, die die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt“²⁰⁸. Die Bestandsschutzrechtsprechung des BGH hat den Tatbestand der Durchgriffshaftung²⁰⁹ des oder der beherrschenden Gesellschafter einer GmbH entwickelt, da der gesetzliche Schutz der Gläubiger als unzureichend erkannt wurde. Dieser bestand bis

²⁰⁶ BGH, Urteil vom 24.06.2002 - II ZR 300/00, NZI 2002, S. 626; BGH, Urteil vom 25.02.2002 - II ZR 196/00, DStR 2002, S. 1010.

²⁰⁷ BGH, Urteil vom 07.01.2008 - II ZR 314/05, NZI 2008, S. 196; BGH, Urteil vom 28.04.2008 - II ZR 264/06, DStR 2008, S. 1293.

²⁰⁸ BGH, Urteil vom 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, S. 117, DStR 2005, S. 162.

²⁰⁹ Bauer, 2008, S. 184. Terminologisch wird die persönliche Haftung bzw. die gläubigerseitige Inanspruchnahme des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft unter dem Oberbegriff der Durchgriffshaftung subsumiert; vgl. hierzu: Bauer, 2008, S. 184 ff.; vgl. hierzu: Jula, 2009, S. 266 ff.

zum vorgenannten Bremer Vulkan - Urteil darin, dass ein Zugriff der Gesellschafter lediglich auf das zur Deckung des Stammkapitals gebundene Vermögen, begrenzt auf die Höhe des Stammkapitals, verboten war²¹⁰. Das Kapitalerhaltungsgebot wurde durch das Bremer Vulkan - Urteil erweitert, indem gesellschafterinduzierte Vermögensabflüsse, welche zum Schaden der Gesellschaft und letztlich des Gläubigers führen, bereits vor Erreichen der problematischen und maßgeblichen Kapitalschwelle des Stammkapitals geahndet werden²¹¹. Als Rechtsfolge des existenzvernichtenden Eingriffs hatte der BGH die unmittelbare Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern festgelegt, die nicht nach den Regelungen der §§ 30 ff. GmbHG ausgeglichen werden konnten²¹². Außerhalb eines Insolvenzverfahrens hatten die Gesellschaftsgläubiger wegen existenzvernichtenden Eingriffs des Gesellschafters einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen die an den Eingriffen mitwirkenden Gesellschafter²¹³. Die Rechtsfolge dieser direkten gesellschafterseitigen Außenhaftung gegen-

²¹⁰ Roth, in: Rebmann/Rixecker/Säcker (Hrsg.), 2003, § 242 BGB, Rn. 171.

²¹¹ Roth, NZG 2003, S. 1082.

²¹² BGH, Urteil vom 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, S. 117, DStR 2005, S.162.

²¹³ BGH, Urteil vom 24.06.2002 - II ZR 300/00, NZI 2002, S. 626; LAG Köln, Urteil vom 20.06.2003 - 4 Sa 128/03, ZIP 2003, S. 1893.

über den Gesellschaftsgläubigern hat der BGH in seiner Entscheidung „Trihotel“ aufgegeben und umgestaltet. Bei der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs handelt es sich nunmehr um eine reine Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft²¹⁴. „Die Existenzvernichtungshaftung ist also kein eigenes Rechtsinstitut mehr“²¹⁵.

Haftungsprivileg auf der einen und Haftungsproblematik auf der anderen Seite bilden für Gesellschafter, unbeschadet der zuvor beschriebenen Haftungsreichweite, eine Symbiose, die durch den Gläubigerschutzgedanken determiniert wird. Dem Stammkapital kommt folglich, diesem Primat Rechnung tragend, als Risikoschwelle²¹⁶ für das Bestandsschutzinteresse der Gläubiger²¹⁷ eine besondere Bedeutung zu. Inwieweit das Stammkapital diese ihm zugedachte Funktion tatsächlich zu leisten vermag, wird im Folgenden einer kritischen Analyse unterzogen, wobei diese inhaltlich auf die neuralgischen Lebenszyklen eines Unternehmens abstellt.

²¹⁴ BGH, Urteil vom 16.07.2007 - II ZR 3/04, NJW 2007, S. 2689.

²¹⁵ Bauer, 2008, S. 189 f.

²¹⁶ Roth, NZG 2003, S. 1085.

²¹⁷ Zu verdeutlichen ist, dass es dabei um das Interesse der Gläubiger, nicht ein Interesse „der Gesellschaft an sich“ geht, und dass dieses Gläubigerinteresse wiederum auf die Befriedigung der Ansprüche beschränkt ist. Keineswegs geht es um eine Bestandserhaltung um jeden Preis; Lutter/Hommelhoff, 2004, § 13 GmbHG, Rn. 42; Bitter, WM 2001, S. 2133 ff.

2.3.3. Stammkapital und Gläubigerschutz in der Gründungs- und Anlaufphase

In der Gründungs- und Anlaufphase sind die Gläubiger einer GmbH besonderen Risiken ausgesetzt²¹⁸. Aus Insolvenzstatistiken geht hervor, dass „junge“ Unternehmen überproportional häufig von Insolvenzen betroffen sind. Nahezu drei Viertel aller Unternehmensinsolvenzen entfallen auf Unternehmen, die weniger als acht Jahre existieren²¹⁹. Die statistischen Daten werfen insoweit die Frage auf, ob und inwieweit das Stammkapital überhaupt einen Ausgleich für die besondere Gefährdung der Gläubiger in der sensiblen Gründungs- und Anlaufphase darzustellen vermag²²⁰.

²¹⁸ Vetter, ZGR 2005, S. 788 ff.; Fastrich, DStR 2006, S. 656 f.

²¹⁹ Fastrich, DStR 2006, S. 656 f.; Roth, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), FS Doralt, 2004, S. 479 ff.; Creditreform, Insolvenzen, Neugründungen und Lösungen, Jahr 2005, S. 36: 45,5% der Unternehmensinsolvenzen werden von Unternehmen beantragt, die jünger als sechs Jahre sind.

²²⁰ Lutter, AG 1998, S. 375 f.; Lutter, in: Jayme (Hrsg.), FS Riesenfeld, 1983, S. 167 ff.

2.3.3.1. Einlagemodalitäten

Die Verpflichtung zur Aufbringung der Stammeinlage stellt eine vom Gesetzgeber intendierte Beschränkung²²¹ der Gründungsaktivität²²² dar. Die Beschränkung bzw. Schwelle ist allerdings nicht beträchtlich, da das Stammkapital bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister nicht in voller Höhe einzubringen ist. Vielmehr muss gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG die Stammeinlage, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, lediglich die Hälfte der festgelegten Mindesthöhe von € 25.000,00 gemäß § 5 GmbHG erreichen, d.h. bei Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister ist zunächst lediglich ein Betrag in Höhe von € 12.500,00 aufzubringen. Die mangelnde Notwendigkeit, schon zu Beginn einer Unternehmensgründung die Stammeinlage vollumfänglich leisten zu müssen, führt dazu, dass in der Bilanz des Unternehmens anstelle einer Mehrung der liquiden Mittel in Höhe des Anteils der nicht erbrachten Stammeinlage ein liquiditätsneutraler Posten „ausstehende Einlagen“ gemäß § 272 HGB ausgewiesen wird. Die Einforderung ausstehender Einlagen durch den

²²¹ Fabricius, GmbHR 1970, S. 137 f.; Fastrich, DStR 2006, S. 656 ff.; Blaurock, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS Raiser, 2005, S. 3 ff.

²²² Creditreform, Insolvenzen, Neugründungen und Lösungen, Jahr 2005, S. 26 ff.

organschaftlichen Vertreter setzt jedoch zwingend einen Gesellschafterbeschluss gemäß § 46 Nr. 2 GmbHG voraus.

2.3.3.2. Ordnungspolitisches Seriositätsprinzip

Das Stammkapital soll in der Gründungs- und Anlaufphase eines Unternehmens ein ordnungspolitisches Seriositätsindiz darstellen, d.h. der Markt soll vor einer Vielzahl überstürzter und damit häufig auch unsolider GmbH - Gründungen bewahrt werden. Diese Funktion wird zum Teil bereits durch die Warn- und Beratungsfunktion²²³ der notariellen Beurkundungspflicht im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wahrgenommen. Insoweit besteht demnach bereits in der Gründungsphase ein gewisser Mindestschutz vor übereilten GmbH - Gründungen. Fraglich ist jedoch, ob das Stammkapital tatsächlich ein brauchbares Kriterium darstellt, um „unseriöse“, d.h. von vornherein aussichtslose Unternehmenszwecke herauszufiltern und dadurch die Gläubiger vor Schäden zu bewahren²²⁴. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Stammkapitals allein kann kein geeignetes Indiz für die wirtschaftliche Solidität einer Ge-

²²³ Ulmer, in: Hachenburg/Behrens (Hrsg.), 1992, § 2 GmbHG, Rn. 11.

²²⁴ Haas, DSrR 2006, S. 994 f.

sellschaft sein²²⁵, da neben der Eigenkapitalausstattung eine Reihe anderer wichtiger Faktoren, wie beispielsweise Geschäftsidee, Marktchancen etc. den Erfolg eines Unternehmens determinieren. Zudem scheint es keinen konkreten Zusammenhang zwischen dem Stammkapital und der ihm zugeordneten Funktion als Haftungsfonds bzw. „Verlustpuffer“ zu geben, da konkrete Risiken, die von einem neu am Markt agierenden Unternehmen ausgehen, nicht über die Größe Stammkapital berücksichtigt werden können²²⁶. Es sei ferner dahingestellt, inwieweit die Pflicht zur Aufbringung des Stammkapitals bei der Gründung eines Unternehmens geeignet erscheint, als taugliches Instrument zu fungieren, das „unseriöse“ Gesellschafter von der Rechtsform der GmbH fernzuhalten vermag. Weder ist die Höhe der bei Gründung real aufzubringenden Leistung ein Anhaltspunkt für die persönliche Integrität der Gründer, noch lässt sich hieraus ableiten, dass diese Personen nach der Gründung die ihnen obliegenden Pflichten als Gesellschafter gewissenhafter oder sorgfältiger als andere erfüllen²²⁷. Auch die Vorstellung einer so genannten „erzieherischen Wirkung“, die im Zuge der persönlichen Haftung in

²²⁵ Eidenmüller/Engert, GmbHR 2005, S. 433 ff.; Krüger, 2005, S. 223 ff.

²²⁶ Grunewald/Noack, GmbHR 2005, S. 189 f.

²²⁷ Haas, DStR 2006, S. 994 f.

Höhe des Stammkapitals die Gesellschafter zu einem verantwortungsbewussten Wirtschaften veranlassen soll, hat sich in der Praxis bislang noch nicht bestätigt²²⁸.

2.3.4. Stammkapital und Gläubigerschutz im Krisenvorfeld

Die Gläubiger einer GmbH sind gerade im Vorfeld einer Krise besonderen Risiken ausgesetzt. Das Gesetz trägt dieser sensiblen Phase insbesondere durch zwei Schutzmechanismen Rechnung: Zum einen durch ein Krisen- und Abwehrsystem und zum anderen durch eine Ausschüttungssperre an die Gesellschafter. Losgelöst von den gesetzlichen Schutzvorschriften findet im Krisenvorfeld eine dem Stammkapital zugesprochene Funktion besondere Beachtung: das Stammkapital als Haftungsfonds und Verlustpuffer.

2.3.4.1. Haftungsfonds und Verlustpuffer

Der Grundsatz der beschränkten Haftung bringt, wie bereits erörtert²²⁹, die Gefahr mit sich, das Risiko des unternehmeri-

²²⁸ BT-Drs. 8/3908 vom 16.04.1980, S. 68; Pentz/Priester/Schwanna, in Lutter: ZGR 2006, S. 42 ff.

schen Handelns in unverhältnismäßigem Umfang vom Unternehmer auf Gläubiger zu verlagern. Dem Bedürfnis nach einer angemessenen Risikoverteilung soll dadurch Rechnung getragen werden, dass den Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegt wird, ihre Gesellschaft mit Eigenkapital auszustatten. Das zu erbringende Stammkapital soll somit sicherstellen, dass ein gesetzlich ausgewiesener Betrag von den Gesellschaftern tatsächlich erbracht wird, der in der Folgezeit auch nicht wieder an diese zurückfließt²³⁰. Ursprünglich stand der Gedanke im Vordergrund, den Gläubigern einen Haftungsfonds zur Deckung ihrer Ansprüche zur Verfügung zu stellen²³¹. Dieser sollte einerseits das Stammkapital der Gesellschafter widerspiegeln und andererseits für das Unternehmen ein zur Verfügung stehendes Betriebskapital darstellen²³². Diese Doppelfunktion birgt jedoch einen Zielkonflikt: Vermögen, das im Leistungsprozess verbraucht werden darf, kann nicht zugleich im Falle einer Insolvenz als Garantiekapital den Gläubigern zur Verfügung stehen. Ursprünglich lag diesem Widerspruch wohl die Vorstellung zugrunde, das Stammkapital in den Kauf langfristiger Vermögenswerte zu investieren, welches in Form von

²²⁹ Dazu näher oben: B. II. 1.3.1. (Haftungsbeschränkung).

²³⁰ Klose-Mokross, 1997, S. 62.

²³¹ Lutter, 1964, S. 50; Luttermann, 1998, S. 251.

²³² Lutter, 1964, S. 51.

Anlagevermögen in der Insolvenz als Haftungsmasse vorhanden bleibt²³³. Unbeschadet der Tatsache, dass diese Vorstellung nie Eingang in die GmbH - Gesetzgebung gefunden hat, spricht auch die Realität diesbezüglich eine deutliche Sprache: Spätestens im Stadium der Insolvenz wird deutlich, dass das Stammkapital keinen werthaltigen Haftungsfonds mehr bildet, da jegliches Eigenkapital in der Regel verbraucht ist²³⁴. In der Praxis ist ein Gläubiger in aller Regel auch viel eher daran interessiert, seinen Kapitaleinsatz bei Fälligkeit seiner Forderung zurückzuerhalten, d.h. für ihn wird zum Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung die Lebensfähigkeit des Unternehmens wichtiger sein, weil er sodann davon ausgehen kann, dass sein Anspruch aus den Zahlungsströmen des Unternehmens befriedigt werden wird²³⁵.

Für den Fall, dass Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt ihrer Fälligkeit nicht mehr vertragskonform bedient werden können, ist das Stammkapital nur mittelbar und insoweit relevant, als es in der Lage ist, erste in der Gewinn- und Verlustrechnung aufgetretene Verluste abzufedern und somit den Eintritt einer Insol-

²³³ Halbhuber, 2001, S. 149.

²³⁴ Brückner, 2000, S. 11.

²³⁵ Klose-Mokross, 1997, S. 70.

venz zu verhindern oder zumindest zu verzögern²³⁶. Die Wirksamkeit eines Verlustpuffers gegen Unternehmensverluste steht und fällt jedoch mit seiner Höhe und diese liegt, mit Ausnahme der gesetzlich vorgegebenen Mindesthöhe des Stammkapitals, letztlich im Ermessen der Gesellschafter. Insoweit vermag das Stammkapital mit seiner Mindestvorgabe keinen nennenswerten Beitrag zur Insolvenzvermeidung zu leisten²³⁷.

Neuerdings wird in Abkehr vom Haftungsfondsprinzip der verhaltenssteuernde Effekt des Stammkapitals hervorgehoben: Die Gesellschafter sollen dahingehend diszipliniert werden, das Unternehmen mit einem gewissen Eigenkapitalbetrag auszustatten, um das darauf aufbauende Bewusstsein zu schärfen, einen Teil des finanziellen Risikos an dem Unternehmen zu tragen. Allerdings erhöht das Wissen, persönlich nur in Höhe des Stammkapitals für Entscheidungen einstehen zu müssen, die unternehmerische Risikobereitschaft eher noch. Dieser als „Moral Hazard“²³⁸ bekannte Effekt - primär ein bei börsennotierten Unternehmen auftretendes Problem, wo-

²³⁶ Halbhuber, 2001, S. 149.

²³⁷ Vetter, ZGR 2005, S. 788 ff.; Heidinger, DNotZ 2005, S. 97 ff.; Goette, DStR 2005, S. 197 f.

²³⁸ Easterbrook/Fischel, The University of Chicago Law Review 1985, S. 104 ff.

nach zu Lasten der Gläubiger erhebliche spekulative Risiken eingegangen werden - birgt allerdings die Gefahr, dass bei nicht eigentümergeführten mittelständischen Unternehmen das bewusste Eingehen unverhältnismäßiger Risiken befürchtet werden muss²³⁹.

2.3.4.2. Krisen- und Abwehrsystem

Im Fokus des Krisen- und Abwehrsystems steht die Regelung des § 49 Abs. 3 GmbHG²⁴⁰. Demzufolge hat ein organschaftlicher Vertreter die Gesellschafterversammlung unverzüglich einzuberufen, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer unterjährig aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals aufgezehrt ist. Den Gesellschaftern soll so, nach der Intention des Gesetzgebers, die Möglichkeit eröffnet werden, rechtzeitig Wege aus der Krise zu finden und einzuleiten²⁴¹. In der Praxis kommt dem § 49 Abs. 3 GmbH allerdings nur marginale Bedeutung zu, da die stete Kontrolle des Stammkapitals und die damit verbundene Einberufungspflicht bei hälftigem Verzehr des Stammkapitals von Seiten der or-

²³⁹ Jensen/Meckling, Journal of Financial Economics 1976, S. 305 ff.

²⁴⁰ Haas, DStR 2006, S. 997.

²⁴¹ Roth/Altmeyen, 2005, § 49 GmbHG, Rn. 1 ff.; Goette, ZInsO 2001, S. 529 ff.

ganschaftlichen Vertreter nur unzureichend gelebt wird²⁴². Dies führt letztlich dazu, dass die durch das Stammkapital gezogene „Sicherheitslinie“ zwangsläufig untauglich erscheint, um frühzeitig Maßnahmen gegen eine Krise in Gang zu setzen.

2.3.4.3. Ausschüttungssperre gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG

Neben den Regelungen des Krisen- und Abwehrsystems bildet die Ausschüttungssperre gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG die zweite Säule der gesetzlichen Schutzmechanismen im Vorfeld einer Krise. Terminologisch ist unter einer Ausschüttung die Auskehr von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter zu verstehen. Steht diesen Ausschüttungen allerdings keine bzw. keine adäquate Gegenleistung gegenüber, können derartige Vermögensverschiebungen im Vorfeld einer Krise für die Gläubiger zu einem erheblichen Risiko führen, da sich die Gefahr erhöht, dass die Gläubiger mit ihren Forderungen gegen das Unternehmen ausfallen²⁴³.

²⁴² Dazu näher unten: D. II. (Die Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH).

²⁴³ Rickford, *European Business Law Review*, 2004, S. 919 ff.

Geregelt wird die Ausschüttungssperre in § 30 Abs. 1 GmbHG. Demnach darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen des Unternehmens nicht an die Gesellschafter ausbezahlt werden²⁴⁴. Inwieweit eine derartige Ausschüttungssperre einen Beitrag zum Schutz der Gläubiger zu leisten vermag, hängt maßgeblich davon ab, wann die Regelung des § 30 Abs. 1 GmbHG im Zuge der wirtschaftlichen Abwärtsbewegung des Unternehmens zu greifen beginnt. Je früher im Verlauf einer sich abzeichnenden Krise das Auszahlungsverbot zur Anwendung kommt, desto umfassender kann das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen des Unternehmens geschützt werden. Dieses könnte sodann als Risiko- und Verlustpuffer zur Verfügung stehen²⁴⁵. Eine Missachtung oder verspätete Anwendung der Ausschüttungssperre würde allerdings keinen bzw. kaum einen Beitrag zur Insolvenzvermeidung und somit letztlich zum Gläubigerschutz leisten können.

²⁴⁴ Roth/Altmeyden, 2005, § 30 GmbHG, Rn. 9.

²⁴⁵ Roth, ZGR 1993, S. 170 ff.; Mülbart, DStR 2001, S. 1937 ff.; Mülbart, Der Konzern 2004, S. 151 ff.

2.3.5. Stammkapital als Haftungsmasse für die Gläubiger; ein kritisches Fazit

Die Kritik am gesetzlich vorgegebenen Mindeststammkapital verfügt über gute Argumente: So ist zu konstatieren, dass das Stammkapital sowohl in der Anlauf- und Gründungsphase als auch im Krisenvorfeld des Unternehmens augenscheinlich nur wenig zum Gläubigerschutz beizutragen vermag. Das Stammkapital mit seiner gesetzlich vorgegebenen Mindesthöhe hat unzweifelhaft Schwierigkeiten, seinen ihm zugedachten Aufgaben gerecht zu werden. Als Haftungsfonds und/oder Verlustpuffer ist es lediglich in der Lage, Startschwierigkeiten des Unternehmens zu kompensieren. Tiefgreifende Substanzverluste, beispielsweise hervorgerufen durch unternehmerische Fehlentscheidungen, können jedoch durch die niedrige Mindestvorgabe des Stammkapitals nicht kompensiert werden. Ist das Stammkapital erst einmal zur Gänze durch Verluste aufgezehrt, kann es auch die ihm zugeschriebene Funktion der Verhaltenssteuerung kaum mehr übernehmen, da mit dem Verlust der gesellschafterseitig eingebrachten Einlage der Anreiz zu sorgfältigem Wirtschaften wohl nicht mehr länger existent ist. Vielmehr besteht die Gefahr, dass in derartigen Situationen die Gesellschafter versuchen werden, durch speku-

lative Transaktionen ihre erlittenen Verluste schnellstmöglich auszugleichen.

Bei aller berechtigter Kritik wird aber auch eines deutlich: Das Gros der vorgebrachten Argumente rekurriert weniger auf die Funktionen des Stammkapitals im eigentlichen Sinn als vielmehr auf dessen Höhe. Denn „je höher das Stammkapital, desto höher ist die Widerstandsfähigkeit des Unternehmens gegenüber verlustbringenden exogenen Schocks; ceteris paribus korreliert die Höhe des Stammkapitals mit der Wahrscheinlichkeit einer überschuldungsbedingten Insolvenz“²⁴⁶. Ein über die gesetzliche Mindestvorgabe hinausgehendes Stammkapital, welches an den ökonomischen Bedürfnissen des Unternehmens ausgerichtet wäre, wird jedoch von dem Gesetzgeber weder für erforderlich noch für wünschenswert erachtet. So könnte die adäquate Lösung einer „angemessenen“ Stammkapital - Ausstattung nur an einer an dem Kapitalbedarf ausgerichteten Eigen- bzw. Stammkapital - Ausstattung gesehen werden, um so dem Gläubigerschutzgedanken vollumfänglich gerecht zu werden.

²⁴⁶ Mülbert, Der Konzern 2004, S. 154; Mülbert/Birke, EBOR 2002, S. 718; Lutter/Hommelhoff, 2004, § 5 GmbHG, Rn. 5.

In diesem Zusammenhang wurde im Dezember 2007 von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Deloitte und der Universität Duisburg-Essen eine Studie durchgeführt, welche die Effektivität des Gläubigerschutzes durch das handelsrechtliche Instrumentarium der bilanziellen Kapitalerhaltung vor dem Hintergrund gravierender Gesetzesänderungen²⁴⁷ untersuchte. Hierbei ging es unter anderem auch um die Auswirkungen einer möglichen Absenkung des Stammkapitals bzw. der gänzlichen Abschaffung der gesetzlichen Mindestkapitalerfordernisse²⁴⁸. Ziel dieser Studie war es, einen Einblick in die Bedeutung aktueller Regelungen des Gläubigerschutzes aus der Sicht der Ersteller von Abschlüssen zu erhalten und die angesprochenen Gesetzesänderungen zur Diskussion zu stellen. In diesem Zusammenhang wurde eine schriftliche Befragung von Finanzvorständen respektive Leitern des Finanz- und Rechnungswesens bei 2.000 deutschen Unternehmen durchgeführt. Von den an der Studie beteiligten Unternehmen firmierten ca. 54% in der Rechtsform einer GmbH²⁴⁹. Im Rah-

²⁴⁷ MoMiG: dazu näher unten: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess); BilMoG: Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz), 25.05.2009, BGBl. I S. 1102.

²⁴⁸ Deloitte, Gläubigerschutz durch bilanzielle Kapitalerhaltung, Bedeutung aktueller Maßnahmen und Entwicklungen vor dem Hintergrund gegenwärtiger Gesetzesinitiativen, 2008, S. 8.

²⁴⁹ Ebd.

men dieser Studie wurde unter anderem festgestellt, dass mehr als vier Fünftel aller befragten Unternehmen freiwillig ein höheres Stammkapital als die gesetzliche Mindestanforderung ausweisen, um die Eigenkapitalbasis zu stärken. Zwei Drittel der Befragten vertraten die Meinung, dass sich eine etwaige Absenkung des Stammkapitals negativ auf den Gläubigerschutz auswirken würde.

Losgelöst von der Frage nach der Höhe des Stammkapitals als Voraussetzung für dessen Funktionalität erfüllt das Stammkapital unter seiner gegenwärtigen Ausgestaltung trotz allem einen existenziellen Zweck: Das Vorhandensein des Stammkapitals bewirkt, dass das Unternehmen bilanziell nach dessen Verbrauch in einem „besonderen Zustand“ wirtschaftet, dem einer so genannten Unterbilanz²⁵⁰. Bereits bei hälftigem Verzehr des Stammkapitals besteht von Seiten der organschaftlichen Vertreter gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG das Erfordernis, die Gesellschafterversammlung unverzüglich einzuberufen. Spätestens von diesem Zeitpunkt an sind Anstrengungen dringend geboten, das Unternehmen zu sanieren.

²⁵⁰ Bei Kapitalgesellschaften ist eine Unterbilanz gegeben, wenn nach Verrechnung mit den offenen Rücklagen in der Jahresbilanz oder in einer Zwischenbilanz (mind.) ein Verlust in Höhe des halben gezeichneten Kapitals vorliegt; vgl. hierzu: § 92 I AktG, § 49 III GmbHG.

Dem Stammkapital kommt mithin eine Art Warnlampenfunktion²⁵¹ zu, da die durch das Stammkapital gezogene „Sicherheitslinie“ eine Krise vielfach überhaupt erst sichtbar und damit frühzeitig behandelbar macht. Dass allerdings diese Einberufungspflicht in der Praxis bislang nur unzureichend gelebt wurde, kann kein Argument gegen eine Tauglichkeit dieses Instrumentariums sein.

2.4. Eigenkapital – Indikator für die Kreditwürdigkeit

Seit einigen Jahren befinden sich die Finanzmärkte weltweit in einem umfassenden Veränderungsprozess. So haben die unterschiedlichsten Faktoren, wie beispielsweise die Harmonisierung der Finanzmarktregulierung, die Liberalisierung und Deregulierung der Kapitalmärkte, die wachsende Signifikanz von Risiko- und Rentabilitätserwägungen und letztlich eine sich stetig verändernde Entwicklung und Anwendung der Informations- und Kommunikationstechnologien das Finanzierungsumfeld kontinuierlich beeinflusst. In der Folge dieser Entwick-

²⁵¹ Zöller, Vortrag auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, 2005; dazu näher unten: D. III. 1. (Die Phase der Insolvenzprophylaxe und deren Einflussgrößen).

lung haben sich inzwischen auch in Deutschland die Rahmen- und damit ebenso die Finanzierungsbedingungen geändert²⁵².

Ein Ergebnis dieses Veränderungsprozesses ist, dass im Gesamtgeschäft der Geschäftsbanken, Sparkassen und Genossenschaftsbanken die Kreditvergabe zunehmend durch die zu erwartenden Ausfallrisiken beeinflusst wird und dass demzufolge der effizienteren Risikosteuerung seitens der Kreditinstitute eine höhere Bedeutung beigemessen wird. Infolgedessen gewinnen für die Kreditvergabe die Bonität eines Unternehmens und die gegebenenfalls notwendige Stellung werthaltiger Sicherheiten weiter an Bedeutung. Komplexe Ratingverfahren, die zur Einschätzung der Kreditwürdigkeit unter anderem auf einer Analyse der quantitativen und qualitativen Faktoren eines Unternehmens basieren, wie beispielsweise Unternehmenskennzahlen und Branchenanalysen, ermöglichen nicht nur eine genaue Beurteilung des Kreditrisikos. Sie versetzen Kreditinstitute gleichzeitig in die Lage, ihre Kreditangebote und deren Konditionen an die Bonität eines Unternehmens anzupassen²⁵³. Diese Entwicklung steht in direktem Zusammen-

²⁵² KfW, Die Entwicklung der Eigenkapitalausstattung kleiner und mittlerer Unternehmen 2002 bis 2005, Juni 2008.

²⁵³ Ebd.

hang mit den vom Basler Bankenausschuss verabschiedeten Vorschriften zur Änderung der Eigenkapitalunterlegungsvorschriften für Kredite durch Banken (Basel II)²⁵⁴. Basel II beschreibt die seit dem 01.01.2007 gültigen Vorgaben, die staatlich verlangten regulatorischen Eigenkapitalanforderungen stärker am tatsächlichen Risiko auszurichten. Die Vorgaben dienen zur Absicherung von mit Risiken behafteten Aktivposten der Bankbilanz, im Regelfall Kredite, durch entsprechende Eigenkapitalunterlegungen der Banken. Seit diesem Stichtag haben alle Geschäftsbanken, Sparkassen und Genossenschaftsbanken nicht mehr einen für alle Kredite gleichen Prozentsatz an Eigenkapital zur Absicherung bereitzuhalten, vielmehr muss ein Prozentsatz an Eigenkapitalunterlegung erhoben werden, der die individuellen Ausfallwahrscheinlichkeiten des jeweiligen Kreditengagements berücksichtigt²⁵⁵. Durch Basel II müssen folglich die Eigenkapitalanforderungen stärker an den tatsächlichen Risiken der Kreditinstitute und damit ihrer Kreditengagements ausgerichtet werden²⁵⁶. Diesem Erfordernis Rechnung tragend, werden von den Kreditinstituten Ratings durchgeführt, welche dezidiert Auskünfte über die Bonität

²⁵⁴ Basel II, Internationale Konvergenz der Kapital und Eigenkapitalanforderungen, Juni 2006, vgl. hierzu: <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>.

²⁵⁵ Achleitner/Bassen/Pietzsch, 2001, S. 13 ff.

²⁵⁶ Schneck, 2006, S. 28.

eines Unternehmens im Sinne einer Benotung geben sollen. Das Eigenkapital steht hierbei im Mittelpunkt der Analyse, d.h. die Eigenkapitalquote eines Unternehmens ist innerhalb der quantitativen Faktoren eine der wichtigsten Ratingkriterien. Der bankseitig als Sicherheit vorzuhaltende Betrag an Eigenkapital ist dieser Benotung entlehnt. Bedingt durch den Umstand, dass die Eigenkapitalkosten in die Kalkulation der Kreditzinsen mit eingerechnet werden, gilt grundsätzlich, dass sich die Finanzierungskosten für Unternehmen mit einem schlechteren Rating verteuern, wohingegen sich die Kreditkonditionen für Unternehmen mit einem guten Rating verbilligen²⁵⁷. Dies hat zur Folge, dass nunmehr, unter Zugrundelegung der Regularien von Basel II, bei der Kreditvergabe einer risikoorientierten Bepreisung von Krediten Vorschub geleistet wird. Im Dezember 2010 hat der Baseler Bankenausschuss mit dem so genannten „Basel III Rahmenwerk“²⁵⁸ neue Eigenkapital- und Liquiditätsregeln für Banken beschlossen²⁵⁹. Am 22.08.2012 hat das Bundeskabinett die Umsetzung der neuen Basel III - Regeln in Deutschland auf den Weg gebracht, wel-

²⁵⁷ Achleitner/Everling, 2003, S. 151 ff.

²⁵⁸ Basel III, Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme, Dezember 2010, sowie in Erweiterung die Liquidity Coverage Ratio und Liquiditätsrisiko Monitoring-Tools, Januar 2013, vgl. hierzu: <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>.

²⁵⁹ Deutsche Bundesbank, Basel III Leitfaden, 2011, S. 5.

che ab dem 01.01.2013 zur Anwendung kommen und bis Ende 2018 schrittweise umgesetzt werden sollen²⁶⁰. Basel III soll hierbei die Aufgabe zuteil werden, Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Banken über ausreichend Widerstandskraft verfügen, also Kapital und Liquidität besitzen, um für Krisen gerüstet zu sein und sich aus eigener Kraft stabilisieren und retten zu können. Diesbezüglich soll beispielsweise die Verschuldungsgrenze bei Banken, die so genannte Leverage Ratio, angehoben werden. War man ursprünglich noch davon ausgegangen, dass Banken bei der Höhe ihrer Kreditvergabe nur das 25fache ihres Eigenkapitals ausreichen dürfen, hat man nunmehr auf Intervention der deutschen Vertreter im Baseler Bankenausschuss diese Grenze auf das 33fache angehoben. Insgesamt soll nach Ansicht des Baseler Ausschusses mit diesen Maßnahmen das gesamte Finanzsystem krisenfester gemacht werden²⁶¹.

Der klassische Kredit als Finanzierungsinstrument für mittelständische Unternehmen unterliegt mithin immer stärkeren

²⁶⁰ BT-Drs. 17/10974 vom 15.10.2012, Gesetzentwurf zum CRD IV-
Umsetzungsgesetz vom 22.08.2012, vgl. hierzu:
<http://www.bundesfinanzministerium.de>.

²⁶¹ Frühauf, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.08.2010.

Restriktionen²⁶². Die dargelegten Veränderungen des Kreditvergabeprozesses machen deutlich, dass durch die Anwendung der Basel II-Vorschriften die bankseitige Kreditausreichung an mittelständische Unternehmen tatsächlich restriktiver geworden ist²⁶³. Die Vergabe von Firmenkundenkrediten durch Geschäftsbanken, aber auch durch Sparkassen und Genossenschaftsbanken ist zum Teil deutlich zurückgefahren worden²⁶⁴. Auch bleibt festzuhalten, dass die bankseitigen Ablehnungsgründe für Kreditvergabe, wie eine unzureichende Stellung von Sicherheiten, mangelnde Bonität und eine zu geringe Eigenkapitalquote²⁶⁵, verstärkt im Ratingfokus der Kreditinstitute stehen²⁶⁶. Die Eigenkapitalquote eines Unternehmens ist folglich ein essentieller Faktor für die Kreditvergabe einer Bank. Insoweit könnten sich viele mittelständische Unternehmen - insbesondere all jene, deren Eigenkapitalausstattung unterkapitalisiert ist - im Hinblick auf die Entwicklung der Eigenkapitalquoten der letzten Jahre mit erheblichen Finanzierungsproblemen konfrontiert sehen²⁶⁷.

²⁶² Schneck, 2006, S. 28.

²⁶³ KfW Förderbank, KfW Mittelstandspanel, 2004.

²⁶⁴ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 61.

²⁶⁵ Eigenkapitalquote = Eigenkapital / Gesamtkapital * 100; vgl. hierzu: Heesen/Gruber, 2008, S. 136 ff.; Preißler, 2008, S. 125.

²⁶⁶ Eckstaller/Jahn, 2007, S. 22.

²⁶⁷ Dazu näher unter, B. III. 2.5. (Historischer Abriss der Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen).

2.5. Historischer Abriss der Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen

Die Diskussion um die Bedeutung der Eigenkapitalquote mittelständischer Unternehmen ist allgegenwärtig. Sie gilt als eine wichtige Kenngröße, die Robustheit und Risikotragfähigkeit von Unternehmen ausdrückt²⁶⁸. Wie im vorherigen Abschnitt bereits erläutert, haben Globalisierung, Deregulierung und eine sich stetig verändernde Kommunikationstechnologie Veränderungen im Finanzsektor ausgelöst. Dies hat unter anderem zu einem erhöhtem Kostendruck und einem verschärften Ertragswettbewerb im Bankensektor geführt²⁶⁹. Folgerichtig gewinnt die Eigenkapitalquote eines Unternehmens für die Kreditvergabe immer mehr an Gewicht. Diese Signifikanz lässt sich auch anhand empirischer Untersuchungen bestätigen²⁷⁰.

Dessen ungeachtet ist eine solide Eigenkapitalbasis bei mittelständischen Unternehmen in der Praxis aber eher eine Ausnahme²⁷¹. Im internationalen Vergleich mit anderen Industrie-

²⁶⁸ Haunschild, IFM-Bonn, 2008.

²⁶⁹ Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht 08/2004, S. 67.

²⁷⁰ Zimmermann, KfW-Research, Mittelstands- und Strukturpolitik 39, 2007b, S. 80 ff.; Reize, Mittelstands- und Strukturpolitik 33, 2005, S. 17 ff.

²⁷¹ Schuldt-Baumgart, Mittelstand, Finanzierung und Beratung, Financial Times Deutschland vom 22.05.2009, S. 3.

nationen weisen mittelständische Unternehmen in Deutschland traditionell eine niedrigere Eigenkapitalquote aus bzw. schneiden eindeutig schlechter ab²⁷². Die folgende Abbildung illustriert die durchschnittlichen Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen unterschiedlicher Länder beispielhaft für 2005:

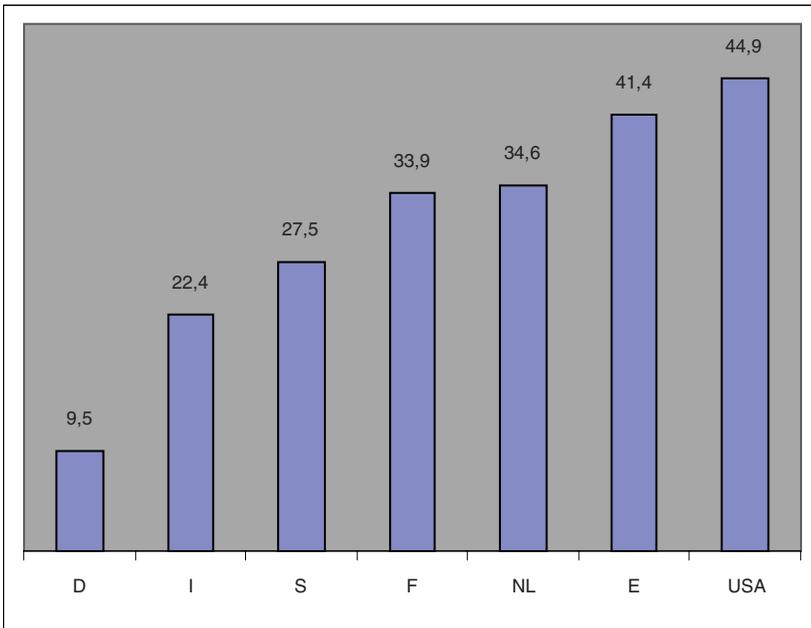


Abbildung Nr. 6: Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen im internationalen Vergleich, IfM, Mittelstandsstatistik, durchschnittliche Eigenkapitalsquoten der KMU im internationalen Vergleich, 2005

²⁷² IfM, Mittelstandsstatistik, Durchschnittliche Eigenkapitalsquoten der KMU im internationalen Vergleich, 2005.

Die Vereinigten Staaten von Amerika wiesen in dem Vergleichsjahr 2005 mit ca. 45% die höchste durchschnittliche Eigenkapitalquote aus, wohingegen Deutschland auf dem letzten Platz befindlich einen Wert von lediglich ca. 9% erreichte. In Deutschland selber war die durchschnittliche Eigenkapitalquote mittelständischer Unternehmen bis zu diesem Zeitpunkt seit 40 Jahren stetig rückläufig, wie die nachfolgende Abbildung veranschaulicht:

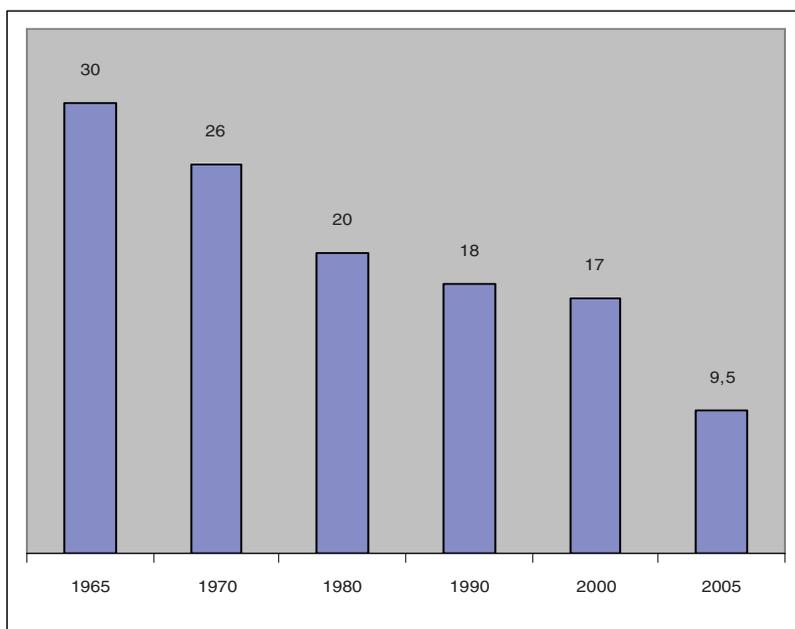


Abbildung Nr. 7: Deutsche Bundesbank, Monatsberichte, durchschnittliche Eigenkapitalquoten deutscher Unternehmen in % der Bilanzsumme

Die durchschnittliche Eigenkapitalquote mittelständischer Unternehmen lag Mitte der 1960er - Jahre demnach noch bei rund 30%, in 2005 bei gerade einmal ca. 9%. Die nachfolgende Tabelle zeigt detailliert - keine Durchschnittsbetrachtung - die Entwicklung der Eigenkapitalquoten mittelständischer Unternehmen im Zeitraum zwischen 2006 und 2011:

Eigenkapitalausstattung des Mittelstands im Verhältnis zur Bilanzsumme

Eigenkapitalquote in %	Anteil mittelständischer Unternehmen in %					
	2006	2007	2008	2009	2010	2011
bis 10%	29,3%	32,9%	31,9%	33,1%	31,0%	29,9%
bis 20%	30,3%	24,8%	25,0%	26,4%	24,1%	25,9%
bis 30%	18,4%	18,7%	16,2%	16,0%	17,8%	15,5%
über 30%	22,1%	23,5%	26,9%	24,5%	27,1%	28,7%

Abbildung Nr. 8: Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, 2006 bis 2011

Die Eigenkapitallücke konnte trotz konjunkturell guter Jahre zwischen 2006 und 2008 in 2009 nicht geschlossen werden²⁷³. So war immer noch ein knappes Drittel des Mittelstands unter-

²⁷³ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Frühjahr 2009.

kapitalisiert, d.h. weniger als 10% der Bilanzsumme waren mit Eigenkapital unterlegt. In den beiden Folgejahren sank jedoch der Anteil der zu schwach kapitalisierten Unternehmen auf unter ein Drittel, in 2010 auf 31%²⁷⁴ und in 2011 auf 29,9%²⁷⁵. Über eine solide Eigenkapitalausstattung von mehr als 30% verfügte in 2009 mit 24,5% nur jedes vierte mittelständische Unternehmen. Im Vergleich dazu lag dieser Wert in 2008 noch bei 26,9%²⁷⁶. In den beiden Folgejahren verzeichneten aber auch die kapitalstärkeren Unternehmen mit einer Eigenkapitalquote von mehr als 30% eine Verbesserung. So stieg deren Anteil in 2010 auf 27,1%²⁷⁷ und in 2011 auf 28,7%²⁷⁸. Die folgende Abbildung verdeutlicht diese Entwicklung nochmals anschaulich:

²⁷⁴ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2010.

²⁷⁵ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

²⁷⁶ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2009.

²⁷⁷ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2010.

²⁷⁸ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

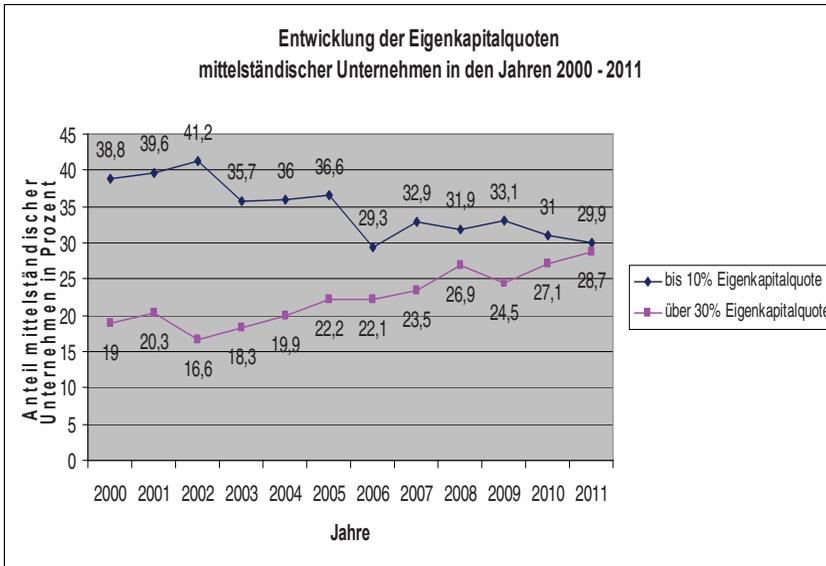


Abbildung Nr. 9: Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, 2000 bis 2011

Ogleich sich der Anteil mittelständischer Unternehmen mit einer Eigenkapitalquote größer 30% in den letzten elf Jahren, mit Ausnahme des Rezessionsjahrs 2009, um fast zehn Prozentpunkte erhöht hat und gleichzeitig der Anteil der unterkapitalisierten Unternehmen mit einer Eigenkapitalquote kleiner 10% um fast zehn Prozentpunkte zurückgegangen ist, liegt dessen ungeachtet der Anteil unterkapitalisierter Unternehmen im Mittelstand noch immer bei fast noch 30%²⁷⁹. Der Rück-

²⁷⁹ Creditreform, Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

gang der letzten beiden Jahre auf knapp 30% in 2011 war auch darauf zurück zu führen, dass das Krisenjahr 2009 gerade schwach kapitalisierte Unternehmen zur Aufgabe zwang und dies zu einer gewissen Flurbereinigung beigetragen hat²⁸⁰. In 2010 sorgte die konjunkturelle Erholung für eine leichte Entspannung²⁸¹. Der zurückliegende Wirtschaftsaufschwung erlaubte wieder vielen mittelständischen Unternehmen, erzielte Gewinne zu thesaurieren und Eigenkapital aufzubauen²⁸² - aber eben nur jenen Unternehmen, die zuvor bereits über eine bessere Eigenkapitalausstattung verfügt hatten.

Die Eigenkapitalquote gehört heute zu einer der wichtigsten betriebswirtschaftlichen Kennziffern, nachdem sie lange Zeit als eine zu vernachlässigende Größe galt²⁸³. Insbesondere nach dem Krisenjahr 2009 richteten viele mittelständischen Unternehmen ihren Fokus verstärkt auf die Innenfinanzierung und damit auf den Aufbau von Eigenkapital. Dies lag einerseits an der mit einer Krise einhergehenden Problematik der Betriebsmittelfinanzierung bzw. der Neukreditaufnahme und den

²⁸⁰ Creditreform, Wirtschaftsfrage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2010.

²⁸¹ Ebd.

²⁸² Creditreform, Wirtschaftsfrage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

²⁸³ Giersberg, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

damit verbundenen Implikationen bei Nichtgewährung²⁸⁴. In Zeiten von sich verschärfenden Finanzierungsbedingungen ist gerade der Rückgriff auf Eigenmittel häufig der einzige Weg, um Investitionen zu finanzieren²⁸⁵. Andererseits lag das Bestreben im Aufbau des Eigenkapitals aber auch an den sichtbar gewordenen Nachteilen, die eine hohe Verschuldung in einer Krise mit sich bringt: die Insolvenzanfälligkeit nimmt zu. Der Aufbau eines hohen Eigenkapitals als Polster für Risikozeiten rückt nunmehr verstärkt in das Bewusstsein mittelständischer Unternehmen, „denn noch immer gilt der Grundsatz, dass viele Unternehmen insolvent werden aufgrund zu geringen Eigenkapitals“²⁸⁶; nach wie vor liegt bei fast 30% aller mittelständischen Unternehmen die Eigenkapitalquote unterhalb von 10%²⁸⁷. Obgleich die Folgen des Rezessionsjahrs 2009 den ansteigenden Eigenkapitalquoten in den beiden Folgejahren nicht entgegenstand, ist das auf den ersten Blick positive Bild durchaus trügerisch: „In vielen Bereichen der mittelständischen Wirtschaft (Metallverarbeitung, Hotel- und Gastgewerbe, Verkehr/Logistik, Maschinen- und Fahrzeugbau

²⁸⁴ Paul, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

²⁸⁵ Mittelständische Unternehmen finanzieren ihre Investitionen zu über 50% mit Eigenmittel (Stand 2009), vgl. hierzu: Knop, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

²⁸⁶ Giersberg, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

²⁸⁷ Creditreform, Wirtschaftsage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

etc.) sorgt die Kombination aus struktureller Kapitalschwäche und Finanz- und Wirtschaftskrise mit ihren Folgen für die Ertragslage und die Finanzierungsbedingungen für eine wackelige Unternehmensstabilität²⁸⁸.

IV. Folgen ungelöster Probleme der mittelständischen GmbH

Die Konsequenzen der im vorherigen Abschnitt skizzierten Probleme sind, wenn sie nicht frühzeitig erkannt und geeignete Gegenmaßnahmen ergriffen werden, für mittelständische GmbHs gravierend und folgenschwer. Sie münden im schlimmst anzunehmenden Fall in die Krise des betreffenden Unternehmens und gehen von dort über in das finale Stadium einer Insolvenz. Diese Entwicklung lässt sich insbesondere durch die nachfolgenden Insolvenzstatistiken der Vergangenheit hinreichend belegen: In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die statistischen Erhebungen sowohl Aussagen zu Unternehmen im Allgemeinen als auch, soweit möglich, Aussagen zu mittelständischen GmbHs im Speziellen treffen.

²⁸⁸ Creditreform, Beiträge zur Wirtschaftsforschung, Kriseneffekte beim Eigenkapital - Die Folgen der Rezession für die die Kapitalausstattung des Mittelstands, März 2011, S. 5.

Hinsichtlich der letztgenannten Bezugsgröße wird daher auch an dieser Stelle eine gewisse Proportionalität der Auswirkungen bei den Ergebnissen der einzelnen Statistiken unterstellt, d.h. in dem Maße, wie Unternehmen im Allgemeinen angesprochen werden, sind im gleichen Maße auch mittelständische GmbHs davon betroffen²⁸⁹.

1. Allgemeine Darstellung der Insolvenzen und Insolvenzquoten von 1991 bis 2011

Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland hat in den vergangenen Jahrzehnten stetig zugenommen und erreichte in 2003 ihren vorläufigen Höchststand. In den darauffolgenden sechs Jahren wurde dieser Negativtrend jedoch durch konjunkturelle Erholungs- und Aufschwungphasen unterbrochen mit der Folge stetig sinkender Unternehmensinsolvenzen. In 2008, dem Jahr der globalen Finanzmarktkrise, und dem darauf folgenden Rezessionsjahr 2009 kehrte sich der Trend wieder um, insbesondere in 2009 stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen signifikant an. Der Wirtschaftsaufschwung in 2010 sorgte trotz der immer noch andauernden

²⁸⁹ Dazu näher oben: B. II. 3. (Struktur und gesamtwirtschaftliche Bedeutung der mittelständischen GmbH).

Schuldenkrise im Euroraum für eine erneute Trendwende. Das Statistische Bundesamt prognostizierte für 2010 und 2011 wieder sinkende Unternehmensinsolvenzen²⁹⁰. Unbeschadet dieser Trendwende sind jedoch Unternehmensinsolvenzen nach wie vor ein gravierendes Problem von hoher volkswirtschaftlicher Relevanz²⁹¹. Die nachfolgende Grafik veranschaulicht die Insolvenzentwicklung von in Deutschland ansässigen Unternehmen innerhalb der letzten 20 Jahre:

²⁹⁰ Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010.

²⁹¹ Euler/Hermes Kreditversicherungs-AG, Zentrum für Insolvenz und Sanierung Universität Mannheim, Studie Ursachen von Insolvenzen, 2006, S. 3 ff.

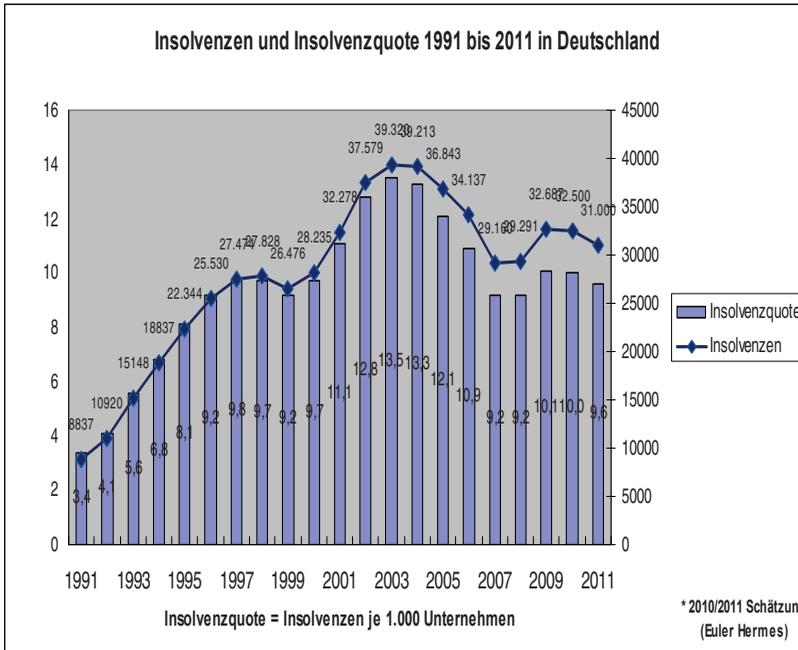


Abbildung Nr. 10: Insolvenzen und Insolvenzquote 1991 bis 2011 in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010

Mit der Einführung der Insolvenzordnung im Jahr 1999, und in noch stärkerem Maße nach deren Änderung Ende 2001²⁹², wurden die Gerichte mit einer Flut von Eröffnungsanträgen konfrontiert. Die Durchführung eines Regelinsolvenzverfahrens erforderte gerichtsseitig einen bei weitem größeren Auf-

²⁹² Dazu näher unten: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

wand als das Konkursverfahren zu Zeiten der Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsordnung²⁹³. Den Höhepunkt des Insolvenzgeschehens markierte bislang das Jahr 2003 mit 39.320 Unternehmensinsolvenzen²⁹⁴. Nach diesem Höchststand hat sich diese Zahl bis einschließlich 2007 um gut ein Viertel auf 29.160 verringert. Damit lagen die Unternehmensinsolvenzen 2007 in etwa wieder auf dem Niveau von 1999/2000 – zeitlich gesehen war dies vor dem wirtschaftlichen Niedergang der so genannten New Economy und dem Konjunkturreinbruch in Deutschland²⁹⁵. Ursächlich war dieser Rückgang auf eine insgesamt günstige und gute wirtschaftliche Entwicklung zurückzuführen²⁹⁶. In 2008 kam es trotz der globalen Finanzmarktkrise mit 29.291 Unternehmensinsolvenzen nur zu einer 0,4%igen Steigerung gegenüber dem Vorjahr. Damit nahm aber die Zahl der Unternehmensinsolvenzen erstmals wieder seit dem Rekordjahr 2003 zu. Im Rezessionsjahr 2009 stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen zum zweiten Mal in Folge, diesmal um 11,6% auf 32.687. Der leichte wirtschaftli-

²⁹³ Statistisches Bundesamt, Insolvenzen 2007, Wirtschaft und Statistik 4/2008, S. 303.

²⁹⁴ Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen im Jahr 2007, S. 2.

²⁹⁵ Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen im Jahr 2007, S. 3.

²⁹⁶ Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen im Jahr 2007, S. 6.

che Aufschwung in 2010 sorgte für eine geringfügige Erholung. Das Statistische Bundesamt prognostizierte mit 32.500 Unternehmensinsolvenzen einen 0,6%igen Rückgang gegenüber 2009. Für 2011 wurden 31.500 Unternehmensinsolvenzen prognostiziert, was einem 4,6%igen Rückgang gegenüber dem Vorjahr entsprechen würde²⁹⁷.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Insolvenzgeschehens ist jedoch nicht nur allein anhand der Quantität an Insolvenzverfahren zu beurteilen. Vielmehr sind notwendigerweise auch die damit verbundenen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen in Form von Forderungsausfällen und der Anzahl an freigesetzten Mitarbeitern bei der Beurteilung mit einzubeziehen²⁹⁸. Die nachstehende Tabelle veranschaulicht insbesondere die finanziellen Folgen einer Insolvenz im Betrachtungszeitraum 2003 bis 2011:

²⁹⁷ Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010.

²⁹⁸ Statistisches Bundesamt, Insolvenzen 2007, Wirtschaft und Statistik 4/2008, S. 306.

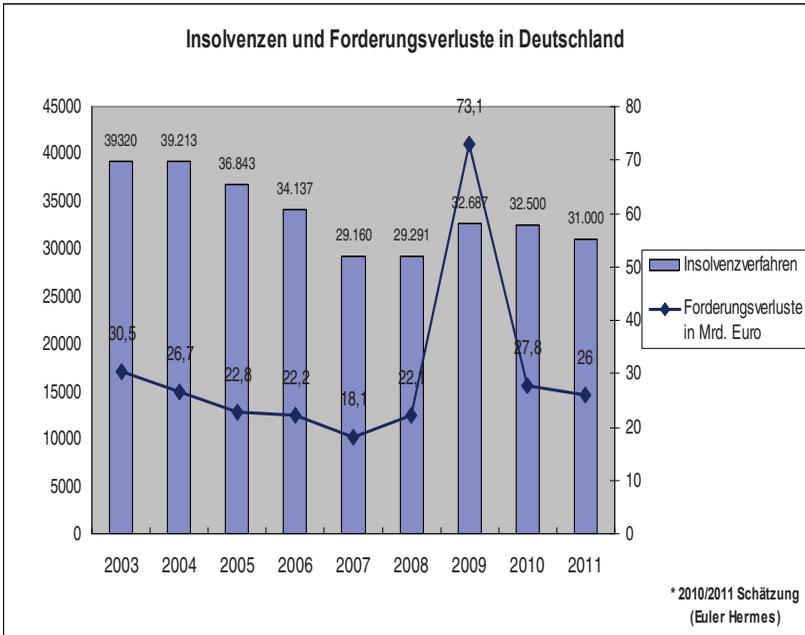


Abbildung Nr. 11: Insolvenzen und Forderungsverluste in Deutschland, Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010

Der positive Trend rückläufiger Unternehmensinsolvenzen zwischen 2003 und 2007 spiegelt sich auch in der Höhe und der Entwicklung der Forderungsverluste wider, d.h. mit der sinkenden Anzahl an Unternehmensinsolvenzen sanken, wenngleich disproportional, auch die Forderungsverluste. Die Gerichte bezifferten in 2003 die Forderungen aller Insolvenzverfahren mit einer Höhe von insgesamt € 30,5 Mrd. Im darauf folgenden Jahr reduzierten sich die Forderungsverluste um

12,5% auf € 26,7 Mrd. In 2005 beliefen sich die Forderungsausfälle auf € 22,8 Mrd. Dies waren 14,6% weniger als im Jahr zuvor. Der positive Trend setzte sich weiter fort. Die Gerichte gaben in 2006 die Forderungen aller Insolvenzverfahren mit einer Höhe von insgesamt € 22,2 Mrd. an, was einer erneuten Reduktion von diesmal 2,5% entsprach. In 2007 lag das Gesamtaufkommen an Forderungsausfällen bei € 18,1 Mrd. Der Rückgang um weitere 14,6% setzte dem positiven Trend rückläufiger Forderungsverluste vorerst ein Ende, zugleich markierte 2007 aber auch das Jahr mit dem bislang niedrigsten Stand an Forderungsausfällen. Ab 2008 stiegen mit der Zunahme an Unternehmensinsolvenzen ebenso die Forderungsausfälle, wiederum disproportional. Mit einem Gesamtaufkommen an Forderungsverlusten von € 22,1 Mrd. in 2008 wuchs dieser Wert gegenüber dem Vorjahr um 21,9%. Noch signifikanter ist der Anstieg in 2009, das Forderungsausfallvolumen lag bei € 73,1 Mrd., was einer Zunahme von 231,5% entsprach. Auffällig ist an dieser Stelle, dass im direkten Vergleich zu 2003, dem Jahr mit dem bisherigen Höchststand an Insolvenzen (39.213), die Anzahl an Unternehmensinsolvenzen gegenüber 2009 (32.687) um 17% zurückging, wohingegen die Forderungsausfälle im gleichen Zeitraum um 274% zunahmen. Für 2010 wurde eine erneute Trendwende prog-

nostiziert. Mit einem geplanten leichten Rückgang an Unternehmensinsolvenzen soll ein Abbau der Forderungsverluste um 62% auf € 27,8 Mrd. gegenüber dem Vorjahr einhergehen. Die prognostizierte Trendwende soll auch noch in 2011 Bestand haben. Mit einem geschätzten Gesamtaufkommen an Forderungsverlusten in Höhe von € 26 Mrd. wäre dies ein 6,5%iger Rückgang gegenüber 2010²⁹⁹.

2. Umsatzgrößenklassenbezogene Darstellung der Unternehmensinsolvenzen von 2002 bis 2010

Nach Schätzungen von Creditreform³⁰⁰ hatten mittelständische Unternehmen während der letzten neun Jahre einen Anteil an den Unternehmensinsolvenzen von durchschnittlich 99,7%. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Unternehmensinsolvenzen in Deutschland zwischen 2002 und 2010 nach Umsatzgrößenklassen unterteilt:

²⁹⁹ Statistisches Bundesamt, Insolvenzverfahren, Insolvenzprognose 2011, Euler Hermes, 12/2010.

³⁰⁰ IfM-Bonn, Gründungen, Liquidationen, Insolvenzen, 2010 in Deutschland, 2011.

Insolvenzen von Unternehmen mit ... Mio. Umsatz										
Jahr	insgesamt								Mittelstand insgesamt mit	große Unternehmen mit
		bis 0,1	über 0,1 - 0,25	über 0,25 - 0,5	über 0,5 - 5,0	über 5,0 - 25,0	über 25,0 - 50,0	über 50,0	bis 50,0 Mio. Umsatz	über 50,0 Mio. Umsatz
Anzahl										
2002	37.579	4.759	7.190	6.970	15.530	2.590	310	230	37.349	230
2003	39.320	6.400	8.650	7.220	14.680	2.050	200	120	39.200	120
2004	39.213	7.163	9.150	7.300	13.630	1.690	160	120	39.093	120
2005	36.843	7.473	8.510	6.780	12.380	1.510	110	80	36.763	80
2006	34.137	7.744	8.334	6.175	10.482	1.235	100	67	34.070	67
2007	29.160	7.440	7.110	5.130	8.250	1.080	90	60	29.100	60
2008	29.291	7.171	7.060	5.210	8.630	1.040	120	60	29.231	60
2009	32.687	8.287	7.520	5.870	10.810	1.790	210	200	32.487	200
2010	32.500	8.170	7.160	5.520	10.080	1.310	160	100	32.400	100
Horizontalstruktur in %										
2002	100,0%	12,7%	19,1%	18,5%	41,3%	6,9%	0,8%	0,6%	99,4%	0,6%
2003	100,0%	16,3%	22,0%	18,4%	37,3%	5,2%	0,5%	0,3%	99,7%	0,3%
2004	100,0%	18,3%	23,3%	18,6%	34,8%	4,3%	0,4%	0,3%	99,7%	0,3%
2005	100,0%	20,3%	23,1%	18,4%	33,6%	4,1%	0,3%	0,2%	99,8%	0,2%
2006	100,0%	22,7%	24,4%	18,1%	30,7%	3,6%	0,3%	0,2%	99,8%	0,2%
2007	100,0%	25,5%	24,4%	17,6%	28,3%	3,7%	0,3%	0,2%	99,8%	0,2%
2008	100,0%	24,5%	24,1%	17,8%	29,5%	3,6%	0,4%	0,2%	99,8%	0,2%
2009	100,0%	25,4%	23,0%	18,0%	33,1%	5,5%	0,6%	0,6%	99,4%	0,6%
2010	100,0%	25,1%	22,0%	17,0%	31,0%	4,0%	0,5%	0,3%	99,7%	0,3%

Abbildung Nr. 12: Insolvenzen von Unternehmen 2002 bis 2010 in Deutschland nach Umsatzgrößenklassen - Anzahl und Horizontalstruktur in %, Statistisches Bundesamt, Berechnungen des IfM Bonn, 2011

Nach einer im Auftrag der Roland Berger durchgeführten Insolvenzstudie aus dem Februar 2011³⁰¹ wird trotz der Trend-

³⁰¹ Roland Berger Strategy Consultants, Insolvenzen in Deutschland 2011, Trend nach der Wirtschaftskrise, Februar 2011.

wende in 2010 und dem prognostizierten Rückgang an Unternehmensinsolvenzen das Insolvenzrisiko für 2011 vornehmlich bei mittelständischen Unternehmen gesehen. Über 80% der Befragten (Insolvenzverwalter, Banker, Finanzinvestoren etc.) erwarten insbesondere bei den kleineren Unternehmen die größte Insolvenzgefahr.

3. Rechtsformbezogene Darstellung der Unternehmensinsolvenzen von 2000 bis 2010

Noch bis 2004 verzeichneten Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH die meisten Unternehmenszusammenbrüche. Zwischen 2005 und 2010 entfiel das Gros jedoch auf Einzelunternehmen, Kleingewerbetreibende und Freiberufler. In dieser Zeit hatte die Rechtsform der GmbH an der Gesamtheit aller Unternehmensinsolvenzen allerdings immer noch einen Anteil von durchschnittlich ca. 40% und rangierte damit fortwährend auf Platz zwei der Insolvenzstatistik. Alle übrigen Rechtsformen spielten zahlenmäßig keine große Rolle³⁰². Die folgende Tabelle zeigt eine rechtsformbezogene Darstellung der Unter-

³⁰² Statistisches Bundesamt, Insolvenzen 2007, Wirtschaft und Statistik 4/2008, S. 309.

nehmensinsolvenzen in Deutschland zwischen 2000 und 2010:

Rechtsform	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Einzelunternehmen, Kleingewerbe	9.648	11.026	13.554	15.041	16.299	16.774	17.175	15.125	15.163	15.614	16.066
Personengesellschaften GmbH	2.211	2.624	3.194	3.269	3.071	2.744	2.454	1.964	1.987	2.431	2.279
AG, KGaA	15.832	17.857	19.770	20.034	18.938	16.414	13.456	10.947	10.929	13.105	12.713
Private Company, Ltd.	176	442	631	508	415	344	289	232	211	296	287
Sonstige Rechtsformen							384	552	677	909	705
Sonstige Rechtsformen	368	329	430	468	490	567	379	340	324	332	450
Insgesamt	28.235	32.278	37.579	39.320	39.213	36.843	34.137	29.160	29.291	32.687	32.500
Einzelunternehmen, Kleingewerbe	34,2%	34,2%	36,1%	38,3%	41,6%	45,5%	50,3%	51,9%	51,8%	47,8%	49,4%
Personengesellschaften GmbH	7,8%	8,1%	8,5%	8,3%	7,8%	7,4%	7,2%	6,7%	6,8%	7,4%	7,0%
AG, KGaA	56,1%	55,3%	52,6%	51,0%	48,3%	44,6%	39,4%	37,5%	37,3%	40,1%	39,1%
Private Company, Ltd.	0,6%	1,4%	1,7%	1,3%	1,1%	0,9%	0,8%	0,8%	0,7%	0,9%	0,9%
Sonstige Rechtsformen	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	1,1%	1,9%	2,3%	2,8%	2,2%
Sonstige Rechtsformen	1,3%	1,0%	1,1%	1,2%	1,2%	1,5%	1,1%	1,2%	1,1%	1,0%	1,4%
Insgesamt	1,00										

Abbildung Nr. 13: Insolvenzen von Unternehmen 2000 bis 2010 in Deutschland nach Rechtsform - Anzahl und Vertikalstruktur in % nach der Rechtsform, Statistisches Bundesamt, Berechnungen des IfM Bonn, 2011

Eine weitergehende Analyse der Unternehmensinsolvenzen gibt Auskunft über eine der Hauptursachen für die Insolvenzanfälligkeit von Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Sie stellt dar, dass ein linear-negativer Zusammenhang zwischen der Höhe des Stammkapitals einer GmbH und seiner

Insolvenzanfälligkeit besteht. Bei Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH, deren Stammkapital der gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthöhe von € 25.000,00 entsprach, entwickelten 24 von 1.000 existenten Unternehmen innerhalb von zwölf Monaten ernste Zahlungsprobleme bis hin zur Zahlungsunfähigkeit - bei GmbHs mit höherem Stammkapital waren es lediglich 15. Dieser Unterschied wurde vornehmlich innerhalb der Gruppierung der mittelständischen Unternehmen beobachtet³⁰³. Der Regierungsentwurf³⁰⁴ zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)³⁰⁵ sah ursprünglich vor, das bislang vorgeschriebene Stammkapital der „normalen GmbH“ in Höhe von € 25.000,00 auf € 10.000,00 zu reduzieren. Nach der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses³⁰⁶ kam es jedoch nicht zu der im Regierungsentwurf vorgesehenen Herabsetzung des Stammkapitals, da die Reduzierung oder gar Abschaffung der bindenden Eigenkapitalausstattung für die GmbH eindeutig den Erkenntnissen der Krisenfor-

³⁰³ Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen und Löschungen im Jahr 2007, S. 13.

³⁰⁴ BT-Drs. 354/07 vom 25.05.2007.

³⁰⁵ Dazu näher unten: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

³⁰⁶ BT-Drs. 16/9737.

schung widerspricht³⁰⁷. Vielmehr korrelieren die Größen Eigenkapitalquote und Insolvenzverfahrenszahlen sogar miteinander³⁰⁸, d.h. mit sinkenden Eigenkapitalquoten steigt die Zahl der Insolvenzen³⁰⁹.

³⁰⁷ Weller, KSI 2008, S. 201; stattdessen wurde die Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt) ins Leben gerufen, für die lediglich ein Euro Mindeststammkapital erforderlich ist, dazu näher unten: B. II. 2. (Die Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)).

³⁰⁸ Weller, KSI 2008, S. 201.

³⁰⁹ Rödl, in: Reichmann (Hrsg.), 2005, S. 115; dazu näher unten: B. V. (Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit).

V. Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit

Die bisherigen Ausführungen im Rahmen der kritischen Auseinandersetzung mit der Thematik Unternehmensinsolvenzen machen deutlich, dass die in Insolvenz geratenen Unternehmen, gerade aus dem Bereich der mittelständischen Wirtschaft, vielfach über eine zentrale Gemeinsamkeit verfügen: Sie waren allesamt durch eine unzureichende Eigenkapitalquote und einen dementsprechend hohen Fremdfinanzierungsanteil gekennzeichnet. Infolgedessen waren sie auch nur unzureichend gegen kritische Situationen gewappnet, wie beispielsweise gegen auftretende Umsatzeinbrüche, Zahlungsausfälle oder sich verschärfende Kreditkonditionen. Die Folgen solcher Entwicklungen können gravierend sein und im schlimmst anzunehmenden Fall in eine Insolvenz münden. Somit kann ein klarer Zusammenhang zwischen der Insolvenzanfälligkeit eines Unternehmens und dessen Eigenkapitalausstattung abgeleitet werden³¹⁰.

³¹⁰ Gude, KSI 2008, S. 124.

1. Ergebnisentwicklung als Maßstab für die Insolvenzanfälligkeit

Im Rahmen der festgestellten Korrelation zwischen der Insolvenzanfälligkeit eines Unternehmens und dessen Eigenkapitalausstattung wird letztere durch zwei Größen maßgeblich beeinflusst: die Ergebnisentwicklung des Unternehmens als Form der Innenfinanzierung einerseits und die gesellschafterseitig von Außen zugeführten Eigenmittel als Form der Außenfinanzierung andererseits. Die Außenfinanzierung über Gesellschaftereinlagen bleibt bei dieser Betrachtung jedoch unberücksichtigt, da sie nicht dem betrieblichen Wertschöpfungsprozess entspringt und sie abgesehen von der gesetzlich vorgegebenen Mindesthöhe des Stammkapitals, bezogen auf Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH, mehr oder weniger der Freiwilligkeit unterliegt.

Die Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens wird im Grunde maßgeblich von seiner Ergebnisentwicklung determiniert, d.h. das erwirtschaftete Ergebnis eines Unternehmens wirkt direkt auf seine Eigenkapitalgröße und beeinflusst sie entsprechend. Hierbei ist der Grad an Veränderung abhängig von der absoluten Zahl des Ergebnisses, wobei das Vorzei-

chen - positiv oder negativ - die Richtung der Veränderung vorgibt. Generiert das Unternehmen Gewinne und thesauriert diese, wächst die Größe Eigenkapital; werden Verluste erwirtschaftet, führt dies zum Verzehr des Eigenkapitals. In dem Maße, wie sich das Ergebnis eines Unternehmens verschlechtert, steigt proportional die Insolvenzgefahr desselben³¹¹. Diese Wechselseitigkeit spiegelt sich beispielhaft in der Ergebnisentwicklung und der Insolvenzstatistik deutscher Unternehmen in den letzten Jahren wider. Die nachfolgenden Erläuterungen hierzu werden zusätzlich noch durch eine Abbildung über die Ergebnissituation des Mittelstands der letzten 13 Jahre unterlegt:

³¹¹ Ebd.

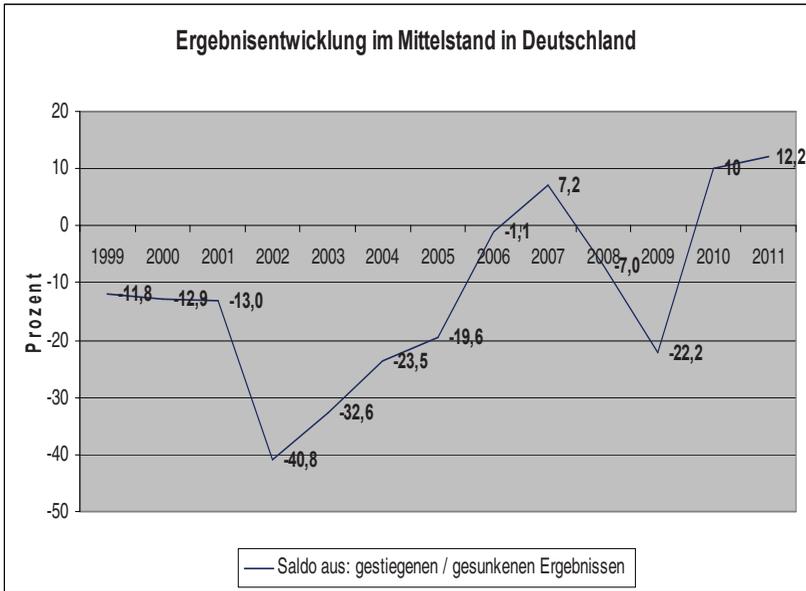


Abbildung Nr. 14: Ergebnisentwicklung im Mittelstand in Deutschland, Creditreform, Ertragslage im Mittelstand, 1999 bis 2011

Nach dem Höchststand an Unternehmensinsolvenzen in 2003 mit nahezu 39.500 Insolvenzen war die Zahl der überschuldeten und zahlungsunfähigen Unternehmen bis 2007 um fast 30% zurückgegangen³¹². Ein wesentliches Kriterium für diese bis dato positive Entwicklung war die konjunkturelle Aufschwungphase der deutschen Volkswirtschaft, vornehmlich mit Beginn des Jahres 2006. Mit Wachstumsraten des Bruttoin-

³¹² Dazu näher oben: B. IV. 1. (Allgemeine Darstellung der Insolvenzen und Insolvenzquoten von 2004 bis 2007).

landprodukts (BIP) von 2,9% in 2006 und 2,5% in 2007 konnte die Konjunkturdynamik wieder an die Boomzeiten nach der Wiedervereinigung und der Jahrtausendwende anknüpfen. Diese sehr gute Konjunktorentwicklung bescherte den mittelständischen Unternehmen volle Auftragsbücher und steigende Umsatzzahlen³¹³. In 2007 spiegelte sich die positive Geschäftsentwicklung auch endlich in kräftigen Ergebniszuwächsen wider. Mit einem positiven Saldo von 7,2% (Saldo aus Ergebniszuwächsen und Ergebnisrückgängen) determinierte das Jahr 2007 für die mittelständischen Unternehmen aber auch gleichzeitig den Endpunkt des Aufschwungs. Der positive Trend hatte sich mit Beginn des Jahres 2008 umgekehrt. Ein Gutteil der mittelständischen Unternehmen beklagten wieder starke Ergebnisrückgänge, was in der kumulativen Betrachtung zu einem negativen Saldo von 7% führte. Dies wiederum korrespondiert mit den Zahlen der Unternehmensinsolvenzen in 2008, die erstmals wieder seit 2003 gestiegen waren³¹⁴. Nahezu 30.000 (29.291) Unternehmen hatten einen Insolvenzantrag wegen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit stellen müssen³¹⁵, was einem 0,4%igen Anstieg gegenüber

³¹³ Gude, KSI 2008, S. 124.

³¹⁴ Dazu näher oben: B. IV. 3. (Weitere Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen in den Jahren 2008 bis 2011).

³¹⁵ Gude, KSI 2009, S. 33.

dem Vorjahr entsprach³¹⁶. Im Sog der dramatischen Verschlechterung der Konjunktur im Krisenjahr 2009 kam es mit einem negativen Saldo von 22,2% zu einem erneuten, diesmal noch signifikanteren Ergebnisrückgang mittelständischer Unternehmen. Gleichzeitig stieg die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in 2009 gegenüber dem Vorjahr um 11,6% auf 32.687³¹⁷. Das Wirtschaftswachstum in 2010 bescherte den mittelständischen Unternehmen nach dem Rezessions- und Krisenjahr 2009 wieder Ergebniszuwächse im zweistelligen Bereich. Der positive Saldo von 10%³¹⁸ geht vermutlich einher mit dem prognostizierten Rückgang der Zahl der Unternehmensinsolvenzen in 2010. Demnach haben mutmaßlich 32.500 Unternehmen Insolvenzantrag wegen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit stellen müssen³¹⁹. Dies entspräche einem 0,6%igen Rückgang gegenüber 2009. In 2011 konnten mittelständische Unternehmen die zweistelligen Ergebniszuwächse aus dem Vorjahr um 22% auf 12,2% nochmals steigern³²⁰. Korrespondierend dazu wird die Zahl der Unternehmensinsolvenzen in 2011 mit 31.000 prognostiziert. Dies ent-

³¹⁶ Statistisches Bundesamt, Insolvenzprognose 2011, S. 4.

³¹⁷ Ebd.

³¹⁸ Creditreform Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

³¹⁹ Statistisches Bundesamt, Insolvenzprognose 2011, S. 4.

³²⁰ Creditreform Wirtschaftslage und Finanzierung im Mittelstand, Herbst 2011.

spräche mit 4,6% einem erneuten Rückgang der Verfahrenszahlen gegenüber dem Vorjahr³²¹.

Die deutlich gemachte Wechselseitigkeit zwischen der Insolvenzanfälligkeit eines Unternehmens und dessen Eigenkapitalausstattung bzw. Ergebnisentwicklung wirkt folgerichtig auch entgegengesetzt, d.h. eine positive Ergebnisentwicklung mit einhergehender Konsolidierung und Stärkung der Eigenkapitalausstattung minimiert demnach die Insolvenzanfälligkeit eines Unternehmens.

2. Der Creditreform Risikoindikator (CRI)

Der Zusammenhang zwischen der Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens und dessen Insolvenzanfälligkeit ist tatsächlich frappierend: Er lässt sich nicht nur statistisch belegen, sondern auch anhand einer Verhältniszahl metrisch skalieren. Die Kennzahl Creditreform Risikoindikator (CRI) setzt hierzu die Gesamtzahl der Unternehmen mit massiven Zahlungsverzögerungen und anderen Negativmerkmalen (Insolvenzantrag etc.) ins Verhältnis zur Gesamtzahl der Unternehmen einer

³²¹ Statistisches Bundesamt, Insolvenzprognose 2011, S. 4.

Branche oder Betriebsgrößenklasse³²². So lag beispielsweise der CRI im dritten Quartal 2007 bei durchschnittlich 2,12. Dies bedeutet, dass pro 10.000 Unternehmen 212 Unternehmen risikobehaftet waren und damit als akut insolvenzgefährdet galten. Die Kriterien, die ein Unternehmen als risikobehaftet qualifizieren, beziehen sich auf diverse Risikomerkmale, wie beispielsweise mangelhafte Eigenkapitalausstattung, Liquiditätsengpässe etc.. Bezogen auf die jeweilige Branche ergab sich für das dritte Quartal 2007 folgendes Bild: Das höchste Insolvenzrisiko wiesen Unternehmen der Verkehrs- und Logistikbranche auf, gefolgt von dem Baugewebe. Im Gegensatz dazu war das Insolvenzrisiko im verarbeitenden Gewerbe weitaus geringer. Um ein Drittel niedriger als der gesamtwirtschaftliche Durchschnitt war das Ausfallrisiko bei der Metall-, Elektro- und Konsumgüter- sowie der chemischen Industrie³²³. Eine vergleichende Analyse des Insolvenzrisikos in dem jeweiligen Wirtschaftszweig mit dessen durchschnittlicher Eigenkapitalausstattung kam zum Ergebnis, dass diejenigen Branchen, die hinreichend mit Eigenkapital ausgestattet waren, einen geringeren CRI - Wert aufwiesen. Demnach gelten nur Unternehmen mit einer Eigenkapitalquote von mindestens

³²² Gude, KSI 2008, S. 125.

³²³ Ebd.

30% als widerstandsfähig gegen Insolvenzrisiken. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sich in Wirtschaftszweigen, die mit einem hohen Insolvenzrisiko behaftet sind, vielfach Unternehmen mit einer geringen Eigenkapitalquote wieder finden³²⁴. Mithin belegt auch eine Beurteilung der Insolvenzrisiken anhand von CRI - Kennzahlen, dass eine angemessene Eigenkapitalausstattung als Schutzschirm gegen die Insolvenzanfälligkeit mittelständischer Unternehmen fungieren kann.

VI. Die mittelständische GmbH - eine Zustandsbeschreibung

Die Ausführungen dieses Kapitels haben gezeigt, dass der Mittelstand im Allgemeinen und mittelständische Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH im Besonderen eine Schlüsselstellung in der deutschen Wirtschaft einnehmen. Die Relevanz dieser Rechtsform ist weniger in ihrer zahlenmäßigen Verbreitung begründet als in ihrem Anteil am generierten Gesamtumsatzvolumen aller Rechtsformen. Zudem erfreut sich die Rechtsform der GmbH in der Praxis gerade bei mittelständisch geprägten Unternehmen großer Beliebtheit und Akzeptanz.

³²⁴ Gude, KSI 2008, S. 128.

Die Gründe liegen in dem dieser Rechtsform inhärenten Haftungsprivileg und dem mit dem Stammkapital verbundenen Prinzip des Gläubigerschutzgedankens. Diese Vorzüge dürfen jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass mittelständische GmbHs mit gravierenden Problemen behaftet sind: Abgesehen von einer nachweislich vorhandenen Suboptimalität in dem Bereich der Risikomanagementsysteme, die neben den fehlenden gesetzlichen Verpflichtungen und Regelungen auf mangelndes Problembewusstsein organschaftlicher Vertreter zurückzuführen ist, ist das Erschweren einer bisweilen unzureichenden Eigenkapitalausstattung maßgeblich für die Insolvenzanfälligkeit dieser Rechtsform verantwortlich. Diese Probleme, bleiben sie ungelöst, wirken auf dem Boden einer konjunkturellen Abschwungphase multiplikativ, d.h. sie beschleunigen den wirtschaftlichen Niedergang der betroffenen Unternehmen. Die sich aus dieser Negativallokation ergebenden volkswirtschaftlichen Folgen manifestieren sich in den Insolvenzstatistiken der letzten Jahre. Obgleich eine konjunkturelle Abschwungphase vermehrt auch äußerer Anstrengungen (Politik, Staat etc.) bedarf, um ihrer handhabbar zu werden, ist gerade und vor allen Dingen auf der Unternehmensebene proaktives Handeln in wachsendem Maße gefordert. Hierbei scheint eine der zentralen Stellschrauben die Konsolidierung

und Stärkung des Eigenkapitals zu sein. Die bisherigen Ausführungen haben diesbezüglich gezeigt, dass eine positive Ergebnisentwicklung dem Aufbau des Eigenkapitals erfolgreich Vorschub leisten kann. Sie haben weiter präzisiert, dass die absolute Größe Eigenkapital, in Abhängigkeit vom Umfang ihrer Ausstattung, imstande sein kann, das Insolvenzrisiko zu minimieren. In dieser Funktion fungiert das Eigenkapital gewissermaßen als Schutzschirm gegen die Insolvenzgefahr. Die Finanzmarktkrise sowie die daraus resultierende Krise der „Realwirtschaft“³²⁵ haben aufgezeigt, dass nur eine entsprechende Ausstattung mit Eigen- und damit Haftungskapital sicherstellt, die mit der Leistungserstellung und Leistungsverwertung verbundenen Risiken hinreichend abzusichern. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn sich die gesamt- bzw. weltwirtschaftlichen Rahmenbedingungen negativ entwickeln oder, wie aktuell im Zuge der europäischen Schuldenkrise prognostiziert, dramatisch verschlechtern. Insbesondere für mittelständische GmbHs ist die hinreichende Eigenkapitalausstattung quasi „conditio sine qua non“, da sie, anders als die

³²⁵ Realwirtschaft wird in der Regel zur Kennzeichnung all der Unternehmen verwendet, die sich mit Produktion und Vermarktung von so genannten Realgütern (materielle Sachgüter und immaterielle Dienstleistungen und Rechte) befassen; vgl. hierzu: Kitzmüller/Bücheler, 2004, S. 204 f.; Spremann/Gantenbein, 2005, S. 1 ff.

Rechtsform der AG oder KGaA, keinen unmittelbaren Zugang zu nationalen und internationalen Kapitalmärkten besitzen.

Der postulierte Zusammenhang zwischen der Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens, insbesondere mittelständischer GmbHs, und seiner potenziellen Insolvenzanfälligkeit wirft nunmehr die Frage auf, ob und inwieweit es möglich ist, diese beiden scheinbar entgegengesetzt wirkenden Kräfte im Sinne einer positiven Korrelation synergetisch miteinander zu verknüpfen, d.h. je größer das Eigenkapital, desto kleiner das Insolvenzrisiko. Die angedachte Synergie könnte darin bestehen, dass unter Umständen innerhalb des Insolvenzrechts Mechanismen existieren, die, anders eingesetzt, gegebenenfalls risikopräventiv wirken bzw. in der Funktion eines Frühwarnsystems einen Gefährdungstatbestand erkennen und insofern möglicherweise ein Stabilisator für die Größe Eigenkapital sein könnten. Ein „insolvenzrechtsbeeinflusstes“ Frühwarnsystem könnte gegebenenfalls für eine permanente Überwachung der Eigenkapitalausstattung und -entwicklung im Sinne einer Angemessenheitsprüfung „sui generis“ genutzt werden, um so frühzeitig Kenntnis eines möglichen Gefährdungstatbestands zu erlangen. Das Eigenkapital bzw. die Entwicklung desselben könnte insofern als Gradmesser oder

Lackmustest für den Einsatz von die Insolvenz verhindernden Sanierungsmaßnahmen dienen und so zu einem effektiven Gläubigerschutz beitragen. Insoweit erscheint es folgerichtig, zunächst zu prüfen, ob und inwieweit das Insolvenzrecht konzeptionell und instrumental geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar insolvenzprophylaktische Wirkungen zu entfalten.

C. Insolvenzprophylaxe und Sanierung im Lichte des Insolvenzrechts

In den Wertschöpfungsprozess eines Unternehmens sind regelmäßig unterschiedliche Interessengruppen mit zum Teil divergierend ausgerichteten Präferenzen eingebunden. Gleichwohl ist es deren gemeinsames Ziel, die nachhaltige Existenz eines Unternehmens zu sichern und möglichen Gefährdungstatbeständen rechtzeitig zu begegnen. Naturgemäß sind die Informationen über einen etwaigen Gefährdungstatbestand im Regelfall asymmetrisch verteilt. Daher ist es zwingend notwendig, die verfügbaren ökonomischen Daten permanent so aufzubereiten, dass Risiken und daraus resultierende Krisenszenarien frühzeitig identifiziert werden, um krisen- respektive insolvenzprophylaktisch handeln zu können. Das Erfordernis zur permanenten Aufbereitung ökonomischer Daten sollte hierbei integraler Bestandteil der Selbstprüfungs- und Selbstinformationsverpflichtungen der organschaftlichen Vertreter einer GmbH sein. In diesem Zusammenhang wird nun nachfolgend untersucht, ob und inwieweit das Insolvenzrecht über die gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen³²⁶

³²⁶ § 91 Abs. 2 AktG, § 111 AktG, § 321 Abs. 1 HGB.

hinaus Regelungen beinhaltet, die zur Insolvenzprophylaxe und Ergreifung von Sanierungsmaßnahmen genutzt werden können. Entsprechend dieser Zielsetzung muss jedoch zunächst geprüft werden, was der Gesetzgeber mit der Schaffung der Insolvenzordnung intendierte. Sodann ist zu hinterfragen, ob selbige ein Instrumentarium bereitstellt, welches, quasi eingebettet in die Selbstprüfungs- und Selbstinformati-
onsverpflichtungen der Gesellschaftsorgane, imstande ist, Krisen bzw. Gefährdungstatbestände zu identifizieren, um die Grundlagen für einzuleitende Sanierungshandlungen schaffen zu können.

I. Historische Entwicklung und dogmatische Grundlagen des Insolvenzrechts bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung

„Ein ideales Konkursrecht hat es zu keiner Zeit gegeben; wahrscheinlich wird es auch ein solches niemals geben“³²⁷. Vor dem Hintergrund dieser richtungweisenden Aussage erscheint es auch im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Arbeit lohnenswert, zunächst einen Blick auf die Vorläufer der Insolvenzordnung zu werfen.

1. Römisches Zwölftafel-Gesetz

Die Insolvenz als Ausdruck der Unfähigkeit eines Schuldners, alle seine Gläubiger befriedigen zu können, ist ein Phänomen, das die Menschheit bereits seit Jahrtausenden beschäftigt. Bereits die alten Hochkulturen des Vorderorientes, die Sumerer und die Babylonier, kannten Regelungen im Umgang mit Schuldnern, die nicht über ausreichende Mittel zur Gläubiger-

³²⁷ Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3.

befriedigung verfügten³²⁸. Das römische Zwölftafel-Gesetz beinhaltete dezidierte Verfahrensvorschriften über den Umgang mit solchen Schuldner, wobei diese Regelungen, ähnlich wie bei den Babyloniern und Sumerern, letztlich eine Personalexekution des Schuldners vorsahen, denn es stand dem Gläubiger nach Durchlaufen des gesetzlich geregelten Verfahrens frei, den Schuldner zu töten, falls er nicht durch Dritte (in der Regel Familienmitglieder oder Verwandte) ausgelöst wurde³²⁹, oder als Sklaven zu verkaufen³³⁰. Das frühe römische „Insolvenzrecht“ war demnach deutlich geprägt von einem Abschreckungs- und Sühnecharakter, nicht jedoch von dem Bestreben, der Gesamtheit der Gläubiger eine wirtschaftliche Lösung des Problems anzubieten. Mit der Fortentwicklung des römischen Rechts wurde im Römischen Reich Abstand genommen von der Personalexekution der Schuldner und diese ersetzt durch die wirtschaftlich attraktivere Sachexekution. Ab ca. 111 v. Chr. setzte sich das Rechtsinstitut „missio in bona“, und zwar die Einweisung der Gläubiger in das schuldenrische Vermögen, sofern es Erträge erwirtschaftete, durch. Konnten keine Früchte aus dem Vermögen gezogen werden, so konnte

³²⁸ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 21; Becker, 2005, S. 17; Keller, 2006, Rn. 25.

³²⁹ Becker, 2005, S. 17.

³³⁰ Keller, 2006, Rn. 26.

es unter Aufsicht eines „magister bonorum“ veräußert werden, der den Erlös an die Gläubiger zu verteilen hatte³³¹.

2. Die Rechtsentwicklung vom 17. bis zum 19. Jahrhundert

Eine starke Rechtszersplitterung sowie eine partikularrechtliche Territorialgesetzgebung prägten das Deutschland des 17. bis 19. Jahrhunderts³³². Das italienische und spanische Konkursrecht gewannen gegen Ende des 17. Jahrhunderts einen starken Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Deutschland³³³. Jedoch anders als das italienische Recht, mit der „cessio bonorum“, war das spanische Recht stark auf das Richterrecht fokussiert. Dementsprechend hatte sich ein Amtsverfahren entwickelt, das die Autonomie der Gläubiger nicht kannte und auch nicht zum Inhalt hatte³³⁴. Durch das im Jahre 1653 erschienene Werk des Königlichen Rates in Valladolid, das „Salgado de Samoza“, hatte das obrigkeitliche Recht eine be-

³³¹ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 24.

³³² Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 67.

³³³ Gottwald, 2006, § 1, Rn. 1; Stürner, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), 2007, Einleitung, Rn. 28; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3.

³³⁴ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 69 f.; Gottwald, 2006, § 1, Rn. 5.

sondere Ausprägung erfahren³³⁵. Dieses erste vollständige Werk über den Konkurs determinierte weitgehend auch das deutsche Konkursrecht. Ein gewichtiger Nachteil dieses neu begründeten Konkursverfahrens war jedoch sein starker Formalismus. Dementsprechend waren wenig ergiebige und kostspielige Prozesse die Folge³³⁶. Bedingt durch den weitgreifenden Gedanken des politischen und wirtschaftlichen Liberalismus Mitte des 19. Jahrhunderts gewannen konkursrechtliche Teile des napoleonischen „Code de Commerce“ von 1807 stark an Bedeutung. Auf diese Weise wurde der spanische Einfluss auf das Konkursrecht über weite Strecken überwunden und die Präklusion beseitigt. Dass die französische Konkursgesetzgebung maßgeblich Einfluss nahm auf dieses Rechtsgebiet, zeigte sich insbesondere am Beispiel der preussischen Konkursordnung vom 08.05.1855³³⁷. Mit diesem Datum begann die Geschichte der deutschen Konkursordnung³³⁸.

³³⁵ Endemann, ZZP 1888, S. 24.

³³⁶ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 73 ff.; Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 29; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3; Gottwald, 2006, § 1, Rn. 4.

³³⁷ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 87 ff.; Gottwald, 2006, § 1, Rn. 5; Stürmer, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, Einleitung, Rn. 29 f.

³³⁸ Gottwald, 2006, § 1, Rn. 6; Stürmer, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, Einleitung, Rn. 31.

3. Die Konkursordnung von 1877

Die für das Deutsche Reich zur Vereinheitlichung des Konkursverfahrens am 10.02.1877³³⁹ vom Kaiser unterzeichnete, als Reichsgesetz verkündete und am 01.10.1879 in Kraft getretene Konkursordnung war eines von vier Reichsjustizgesetzen³⁴⁰. Dies waren jene auf partikularrechtlichen Erfahrungen und eine hoch entwickelte Jurisprudenz gegründeten klassischen Kodifikationen, die das Deutsche Reich zu einem einheitlichen Rechtspflegegebiet machten³⁴¹. Der Gesetzgeber intendierte mit diesem Gesetz, die Abwicklung des Konkursverfahrens durch „seinen klaren Aufbau, energische Entwicklung der richtigen und zuträglichen Prinzipien, sowie durch seine klare und schlichte Sprache“³⁴² einheitlich zu regeln³⁴³. Analog zu der Preußischen Konkursordnung von 1855³⁴⁴ wurde hierbei die Konkursordnung als Gesamtvollstreckungsverfahren gesehen mit der Zielsetzung, dass an Stelle der mögli-

³³⁹ Konkursordnung vom 10.02.1877, RGBl. S. 351 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898, BGBl. S. 612.

³⁴⁰ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 31; v. Danckelmann, 2008, S. 123.

³⁴¹ Gottwald, 2006, § 1, Rn. 6; Stürner, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), 2007, Einleitung, Rn. 31.

³⁴² Kohler, 1891, S. 64; Jaeger/Weber/Lent, 1958, Einleitung, Ziffer 1.

³⁴³ Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 17.

³⁴⁴ Preußische Konkursordnung vom 08.05.1855, GS 321.

chen Einzelvollstreckungsverfahren zu Gunsten einzelner Gläubiger ein einheitliches und gleichmäßiges Befriedigungsverfahren trat³⁴⁵. Die Haftungsverwirklichung der Ansprüche der Verfahrensbeteiligten stand im Vordergrund der Konkursordnung von 1877³⁴⁶. Dieses Grundprinzip war unter anderem der Preußischen Konkursordnung von 1855, der Bayerischen Prozessordnung von 1869³⁴⁷ und dem „Code de Commerce“³⁴⁸ entlehnt.

Die Konkursordnung, allgemein als das „beste“ der vier Reichsjustizgesetze charakterisiert, überdauerte alle politischen Wirren und sozialen Umwälzungen³⁴⁹. Sie musste im Laufe ihrer Geltungsdauer jedoch einige Änderungen hinnehmen³⁵⁰, wenngleich viele dieser Modifikationen lediglich punktueller Natur waren. So erfuhr die Konkursordnung mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Jahre 1896³⁵¹

³⁴⁵ Vgl. hierzu: Petersen/Kleinfeller, 1892; Wagner, 1980, S. 20; Kuhn/Uhlenbruck, 1986, S. 16, Vorbemerkung, Rn. 5.

³⁴⁶ Kuhn/Uhlenbruck, 1986, S. 16, Vorbemerkung, Rn. 5.

³⁴⁷ Bayerische Prozessordnung vom 29.04.1869, GBL. 1869, 1233 ff.; vgl. hierzu: Bornhorst, 2002.

³⁴⁸ „Code de Commerce“ vom 15.09.1807; Böhle-Stamschräder/Kilger, 1983, Einleitung I.

³⁴⁹ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 105; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3 ff.; Gottwald, 2006, § 1, Rn. 10 ff.

³⁵⁰ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 105.

³⁵¹ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.08.1896, RGBl. 1896, 195.

ihre erste umfangreiche Novellierung. Die Ergänzungen und Änderungen umfassten eine große Anzahl von Vorschriften und Bestimmungen, insbesondere über den Nachlasskonkurs³⁵². Am 17.05.1898 erging zu den Änderungen der Konkursordnung ein eigenes Einführungsgesetz³⁵³. Die Neufassung wurde am 20.05.1898 bekannt gemacht³⁵⁴. Trotz widriger Umstände, wie beispielsweise der wirtschaftlichen und politischen Veränderungen in Deutschland, sowohl während der Inflation zu Beginn des 20. Jahrhunderts³⁵⁵ als auch unter der nationalsozialistischen Herrschaft und der sich daran anschließenden Nachkriegszeit, wurden in den einhundert Jahren Geltung der Konkursordnung in der Fassung vom 20.05.1898 ansonsten nur verhältnismäßig wenige Änderungen am Text angebracht³⁵⁶. Die Konkursordnung war während ihrer Wirkungsdauer kein starres und unnachgiebiges Gebilde. Sie passte sich durch eine entsprechende Handhabung der konkursrechtlichen Regelungen immer wieder neuen Ideen und Strömungen, tief greifenden Veränderungen in politischen,

³⁵² Gottwald, 2006, § 1, Rn. 12.

³⁵³ Jaeger/Weber/Lent, 1958, Ziffer 3 ff.; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 18 ff.; Becker, 2008, Rn. 49.

³⁵⁴ Becker, 2008, Rn. 49; Jaeger/Weber/Lent, 1958, Ziffer 3 ff.

³⁵⁵ Jaeger/Weber/Lent, 1958, Einleitung, Ziffer 6; Wagner, 1980, S. 21.

³⁵⁶ Jaeger/Weber/Lent, 1958, Ziffer 3 ff., Einleitung, Ziffer 7.

wirtschaftlichen und sozialen Bereichen auch ohne förmliche Gesetzesänderungen an³⁵⁷.

4. Die Vergleichsordnung von 1935

Eine einvernehmliche Insolvenzbewältigung war nach den Regularien der Konkursordnung nur über einen Zwangsvergleich möglich. Die Eröffnung eines Zwangsvergleichsverfahrens setzte gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 VgIO allerdings das Vorliegen eines Konkursgrunds voraus, so dass ein Zwangsvergleichsverfahren häufig relativ spät eingeleitet werden konnte. Dies hatte vielfach zur Folge, dass in diesem späten Stadium die finanzielle und wirtschaftliche Lage des Gemeinschuldners schon derart kritisch war, dass ein Zwangsvergleich nicht mehr zustande kommen konnte. Obgleich dieser systemimmanente Nachteil bereits seit Geltung der Konkursordnung bekannt war³⁵⁸, dauerte es noch exakt 50 Jahre, bis ein Verfahren eingeführt wurde, das dazu diente, den Konkurs abzuwenden. Diese Verfahrensweise wurde in der Vergleichsord-

³⁵⁷ v. Danckelmann, 2008, S. 123.

³⁵⁸ Kohler, 1891, S. 54.

nung von 1927 geregelt, die dann durch eine Novelle vom 02.02.1935 nochmals umfangreich reformiert wurde³⁵⁹.

Obschon das Vergleichsverfahren eng mit dem Zwangsvergleichsverfahren verwandt war, wies es dennoch einige Besonderheiten auf: Der Schuldner behielt gemäß §§ 12, 58 ff. VgIO die Verwaltungs- und Verfügungsmacht über sein Vermögen, wohingegen die Aufgabe des Verwalters lediglich auf die reine Überwachung beschränkt war. Fehlten die Zulässigkeitserfordernisse des Antrags, musste gemäß § 3 VgIO das Vergleichsgericht von Amts wegen über die Eröffnung eines Anschlusskonkurses befinden. Die im Rahmen eines Vergleichsverfahrens geltenden Anforderungen an Mindestquoten lagen erheblich höher als bei einem Zwangsvergleich: Den Gläubigern musste nach § 7 VgIO eine Befriedigung in bar von mindestens 35% ihrer Forderungen respektive 40% bei Zahlungsfristen von mehr als einem Jahr gewährt werden³⁶⁰. Die Vergleichsordnung verfolgte das originäre Ziel, die Sanierung des schuldnerischen Unternehmens mit Hilfe eines Vergleichs zwischen dem Unternehmen und den Gläubigern zu errei-

³⁵⁹ Vergleichsordnung vom 26.02.1935, RGBI. I, S. 321; Robbe-Grillet, 2007, S. 33.
³⁶⁰ Robbe-Grillet, 2007, S. 34.

chen³⁶¹. Dieses Bestreben fußte dabei auf dem primären Gedanken, das wirtschaftliche Fortbestehen des in der Krise befindlichen Unternehmens zu sichern³⁶². Doch vermochte es die Vergleichsordnung in den 60 Jahren ihres Bestehens nicht sich durchzusetzen; sie verlor zunehmend an Bedeutung. Aus diesem Grund lagen große Hoffnungen auf dem Insolvenzplanverfahren, das mit der Einführung der Insolvenzordnung in der Zukunft eine Sanierung auf effektivere Art und Weise als bisher ermöglichen sollte³⁶³.

5. Die Gesamtvollstreckungsordnung

Bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 galt auf dem Gebiet der neuen Bundesländer noch die Gesamtvollstreckungsordnung. Diese wurde vom Ministerrat der DDR mittels Verordnung vom 06.06.1990³⁶⁴ dahingehend angepasst, dass auch Abwicklungen von Unternehmensinsolvenzen unter marktwirtschaftlichen Verhältnissen möglich waren. Die Gesamtvollstreckungsordnung trat in dieser Fassung

³⁶¹ Genske, 2005, S. 18.

³⁶² Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 134; Gottwald, 2006, § 1, Rn. 16.

³⁶³ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 136 ff.; Richrath, WM 2000, S. 1977.

³⁶⁴ Gesamtvollstreckungsordnung vom 06.06.1990, GBl. DDR I, Nr. 32, 285, geändert durch die zweite Verordnung über die Gesamtvollstreckung vom 25.07.1990, GBl. DDR I, Nr. 45, 782; Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, S. 829.

am 01.07.1990 in Kraft³⁶⁵ und wurde im Zuge der Wiedervereinigung im Einigungsvertrag vom 31.08.1990³⁶⁶ modifiziert. Als im Beitrittsgebiet fortgeltendes Recht der DDR wurde die Gesamtvollstreckungsordnung zunächst aufrechterhalten³⁶⁷.

Sowohl die Konkursordnung von 1877 als auch die Vergleichsordnung von 1935 hatten in der DDR bis 1975 ihre Gültigkeit. Bedingt durch die sozialistischen Verhältnisse und Gegebenheiten erfolgte jedoch im gleichen Jahr ein gravierender Anpassungsprozess³⁶⁸ in der Form, dass die bis dato gültige Konkurs- und Vergleichsordnung mit der Einführung der Gesamtvollstreckungsordnung am 18.12.1975 endgültig aufgehoben wurde³⁶⁹. Das Gesamtvollstreckungsverfahren als solches war jedoch im Lichte der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung zu betrachten, da, bedingt durch die staatliche Wirtschaftslenkung, ein Gesamtvollstreckungsverfahren nicht für volkseigene Betriebe, Genossenschaften und andere gesellschaftliche Organisationen in Betracht kam. Die Verordnung

³⁶⁵ Ebd.

³⁶⁶ BGBl. II S. 889, 1153, gültig dann als Gesamtvollstreckungsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.05.1991, BGBl. I S. 1185.

³⁶⁷ Gottwald, 1993, S. 1.

³⁶⁸ Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, S. 829 f.

³⁶⁹ Hess/Weis/Wienberg, 2001, § 1 InsO, Rn. 140; Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, S. 829 f.

bezog sich lediglich auf wenige Gewerbetreibende und Handwerksbetriebe sowie Privatpersonen und Nachlässe³⁷⁰. Im Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion wurde im Gefüge der Rechtsannäherung beider deutschen Staaten beschlossen, dass die Verordnung über die Gesamtvollstreckung um Vorschriften über den Konkurs zu ergänzen war³⁷¹. Diese Ergänzung wurde allerdings von Anfang an nur als Zwischenlösung angesehen. Dessen ungeachtet war die Gesamtvollstreckungsordnung gleichwohl um essentielle Inhalte, wie die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen, die Möglichkeit eines insolvenzbeendenden Vergleichs und die Schaffung von Anfechtungsmöglichkeiten in dem Maße zu erweitern, dass sie den Anforderungen der Praxis gerecht wurde³⁷².

³⁷⁰ Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, S. 829 f.

³⁷¹ BGBl. 1990 II S. 554.

³⁷² BT-Drs. 11/7350 vom 18.05.1990, S. 127; Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, S. 829 f.

II. Die Insolvenzordnung von 1999

Die Insolvenzordnung trat am 01.01.1999 in Kraft³⁷³. Sie ersetzte alle bis dahin geltenden Regelungen. Im Folgenden werden nun der Reformweg des Insolvenzrechts und die Schwerpunkte der Insolvenzrechtsreform einer eingehenden Betrachtung unterzogen, um die damalige Intention des Gesetzgebers zu verdeutlichen.

1. Der Reformweg des Insolvenzrechts

Der Gesetzgeber intendierte mit der Schaffung der Insolvenzordnung, ein modernes funktionierendes Insolvenzrecht auf den Weg zu bringen, das die offenkundig gewordenen Schwächen der Konkursordnung beseitigen sollte³⁷⁴. Bereits Mitte der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts war hinsichtlich der Konkursordnung von einem „Konkurs des Konkurses“³⁷⁵ die Rede, die den desolaten Zustand des Konkursverfahrens verdeutlichte. Dies ging mit der Forderung einher, dass eine Re-

³⁷³ BGBl. I S. 2866, Art. 110 EGIInsO.

³⁷⁴ Vgl. hierzu: Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 12/2443 vom 15.04.1992, S. 71 ff.; Kübler/Prütting, 2000, S. 85 ff.

³⁷⁵ Kilger, KTS 1975, S. 142 ff.; Becker, 2008, Rn. 50.

form des deutschen Konkursrechts zu erfolgen hat³⁷⁶. Mit der Implementierung der Insolvenzordnung sollten einerseits der Offenbarungseid des Konkursverfahrens überwunden und andererseits dessen Ordnungsfunktion wieder hergestellt werden³⁷⁷. Die bis dahin gängige konkursrechtliche Praxis, wonach mehr als drei Viertel aller beantragten Insolvenzverfahren mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse nicht zur Eröffnung kamen³⁷⁸, wurde von vielen Beteiligten als ein unhaltbarer Zustand empfunden, der nicht länger Bestand haben sollte. Wollte man das Ausscheiden bankrotter Unternehmen aus dem Wirtschaftsleben gesetzlich regeln und das Verfahren nicht weiter dem unkontrollierten Streben der Gläubiger nach der bestmöglichen, zuweilen auch rücksichtslosesten Durchsetzung ihrer Vorrechte überlassen, durfte die Abweisung oder spätere Einstellung mangels Masse nicht länger der Regelfall des Verfahrens sein. Der ungezügelter und vor allen Dingen unregelmäßiger Kampf „alle gegen alle“ um die letzten Reste des Schuldnervermögens war insofern zu unterbinden. Andernfalls hätte die geordnete Verfahrensabwicklung im Falle einer Insolvenz definitiv der Willkür der Gläubiger preis-

³⁷⁶ Uhlenbruck, NJW 1975, S. 897 ff.

³⁷⁷ Haarmeyer/Beck/Frind, ZInsO 2008, S. 1178 ff.

³⁷⁸ Hess/Pape, 1995, Rn. 11 ff.; Gogger, 2005, Rn. 35; Schmerbach, 2009, vor §§ 1 InsO f., Rn.11.

gegeben werden müssen³⁷⁹. Einen konstruktiven Weg, dieses quasi paradigmatische Vorhaben im Rahmen der bestehenden Konkursordnung zu integrieren und zu regeln, gab es in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts nicht mehr. Bedingt durch einen tief gehenden Funktionsverlust der Konkursordnung, hätte mit der bloßen Reform des bestehenden Rechts keine Verbesserung mehr erreicht werden können³⁸⁰. Trotz dieser aus insolvenzrechtlicher Sicht dramatischen Situation hat es noch mehr als 20 Jahre gedauert, bis die Insolvenzrechtsreform verabschiedet wurde und das neue Insolvenzrecht schließlich in Kraft getreten ist³⁸¹.

Der erste Vorschlag für die Reform wurde 1978 durch eine von dem Bundesminister der Justiz eingesetzte Sachverständigen - Kommission für Insolvenzrecht (nachfolgend Reformkommission) ausgearbeitet und in dem ersten Bericht (1985)³⁸² sowie dem ergänzenden zweiten Bericht (1986)³⁸³ eingereicht. Der Entwurf der Insolvenzordnung wurde im November 1991 von der Bundesregierung³⁸⁴ vorgelegt; eine direkte Umsetzung der

³⁷⁹ Pape, ZInsO 2009, S. 2.

³⁸⁰ Ebd.

³⁸¹ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 35 ff.

³⁸² Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985.

³⁸³ Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1986.

³⁸⁴ BT-Drs. 12/2443.

in den Berichten geforderten Bestimmungen erfolgte jedoch nicht³⁸⁵. Obgleich an den erheblichen Neuerungen festgehalten wurde, fand im Parlament, angesichts der anhaltenden politischen Kritik, eine umfangreiche redaktionelle Straffung statt³⁸⁶. Diese intensiv geführten Beratungen fanden mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung nach der Verabschiedung durch den Bundestag am 07.06.1994 ihren vorläufigen Endpunkt³⁸⁷. Nachdem auf Drängen des Bundesrates der Termin des Inkrafttretens der Insolvenzordnung vom 01.01.1997 auf den 01.01.1999 verlegt worden war, damit den Ländern mehr Zeit zur Umgestaltung der Gerichte verblieb, die mit der Einführung der Insolvenzordnung notwendig geworden war, konnte die Insolvenzordnung am 05.10.1994 ausgefertigt und veröffentlicht werden³⁸⁸. Demnach war die Insolvenzordnung mit einem Vorlauf von fast fünf Jahren verabschiedet worden. Dieser zeitliche Vorlauf zog allerdings zum Teil noch umfangreiche Änderungen der Insolvenzordnung noch vor ihrem Inkrafttreten am 01.01.1999 nach sich. Die Insolvenzordnung wurde alleine zwischen ihrer Verabschiedung und ihrem In-

³⁸⁵ v. Danckelmann, 2008, S. 205.

³⁸⁶ Gottwald, 2006, § 1, Rn. 39.

³⁸⁷ Ebd.

³⁸⁸ Insolvenzordnung vom 05.10.1994, BGBl. I S. 2866.

krafttreten zehn Mal geändert³⁸⁹. Mit der Einführung der Insolvenzordnung von 1999 wurde das bisherige Recht für alle Verfahren, die ab dem 01.01.1999 eröffnet worden waren, gemäß Art. 103 EGIInsO ersetzt³⁹⁰.

Die Neuregelungen im Bereich der Verwaltung und Verwertung der im schuldnerischen Vermögen vorgefundenen Vermögenswerte waren nicht unerheblich, wenngleich die Insolvenzordnung in ihrer Fassung von 1999 nicht so weit geht, wie von der Sachverständigen - Kommission ursprünglich gefordert wurde³⁹¹. Das Insolvenzrecht ist vornehmlich ein Instrument, den Marktaustritt gescheiterter Schuldner in geordneten Bahnen abzuwickeln und gleichzeitig eine gleichmäßige Befriedigung der von der Insolvenz betroffenen Gläubiger zu ermöglichen. Diese sollen Gelegenheit haben, in einem rechtsstaatlichen Verfahren unter der Aufsicht eines Gerichts ihre

³⁸⁹ Art. 2 zur Änderung des AGBG und der InsO (BGBl. 1996 I S. 1013); Art. 6 des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes (BGBl. 1996 I S. 1476); Art. 3 Abs. 7 des Gesetzes zur Abschaffung der Gerichtsferien (BGBl. 1996 I S. 1546); Art. 38 Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (BGBl. 1997 I S. 594); Art. 14 Kindschaftsrechtsreformgesetzes (BGBl. 1997 I S. 2942); Art. 6 Erbrechtsgleichstellungsgesetz (BGBl. 1997 I S. 2968); Art. 4 Kindesunterhaltsgesetz (BGBl. 1998 I S. 666); Art. 2a des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetzes (BGBl. 1998 I S. 1878); Art. 6 des Gesetzes zur Änderung der Haftungsbeschränkungen in der Binnenschifffahrt (BGBl. 1998 I S. 2489); Art. 2 EGIInsO-ÄndG (BGBl. 1998 I S. 3836).

³⁹⁰ v. Danckelmann, 2008, S. 205.

³⁹¹ Ebd.

berechtigten Anliegen vorzubringen, um am Erlös des schuldnerischen Vermögens gemeinschaftlich zu partizipieren. Viel bedeutungsschwerer ist jedoch, dass die Insolvenzordnung, damals wie auch heute, auf einem Grundprinzip basiert, wonach das Scheitern im Wirtschaftsleben nicht zwangsläufig das Ausscheiden bedeutet. Vielmehr soll die Insolvenz auch als Neuanfang zu sehen sein³⁹². „Durch die Einbeziehung der Sanierung in das Verfahren verlässt die Insolvenzordnung das Ziel der Haftungsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung³⁹³ und geht hin zu einem Sanierungsgedanken“³⁹⁴. Der Gesetzgeber verfolgte dabei die Absicht, eine flexible Insolvenzabwicklung durch Deregulierung zu erreichen, um weiterhin der Zielsetzung des Insolvenzverfahrens nach einer optimalen Haftungsverwirklichung zu Gunsten der Gläubiger Rechnung tragen zu können³⁹⁵. Mit der Einführung des neuen Insolvenzrechts sollten daher die Unzulänglichkeiten früherer Gesetze beseitigt und den Beteiligten ein funktionsfähiger rechtlicher Rahmen für die Sanierung notleidender Unternehmen zur Verfügung gestellt werden³⁹⁶.

³⁹² Gottwald, 2006, § 1, Rn. 43.

³⁹³ Gottwald, 2006, § 1, Rn. 44.

³⁹⁴ v. Danckelmann, 2008, S. 205.

³⁹⁵ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 45.

³⁹⁶ Smid, DZWir 2009, S. 397 ff.

2. Schwerpunkte der Insolvenzrechtsreform

Angesichts dieser wesentlichen Neu- bzw. Umorientierung des Insolvenzrechts werden in dem nun folgenden Kapitel die mit der Einführung der Insolvenzordnung zentralen Schwerpunkte der Insolvenzrechtsreform einer genaueren Betrachtung unterzogen. Obgleich diese Zielsetzungen in der Vergangenheit artikuliert wurden, besitzen sie bis heute nach wie vor ihre volle Gültigkeit - zumindest normativ. Die bedeutendsten Ziele der Insolvenzrechtsreform waren:

- die Vereinheitlichung des Insolvenzverfahrens in den alten und den neuen Bundesländern,
- Regelungen zur Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens,
- die Förderung der Möglichkeit zur außergerichtlichen Sanierung von Unternehmen,
- die Förderung von Maßnahmen gegen die Massearmut,
- die Stärkung der Autonomie und Mitspracherechte der von der Insolvenz betroffenen Gläubiger,

- die Erhöhung der Gerechtigkeit bei der Verteilung der verteilungsfähigen Masse³⁹⁷.

2.1. Einheitlichkeit des Verfahrens

Eines der wichtigsten Ziele der Insolvenzrechtsreform war, das bis zur Einführung der Insolvenzordnung zersplitterte System des damaligen Konkursrechts in einem einheitlichen Verfahren zusammen zu fassen. Bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung war das Insolvenzrecht für die alten Bundesländer aufgegliedert in eine Konkursordnung³⁹⁸, die zudem Regelungen über den Zwangsvergleich enthielt, und eine Vergleichsordnung³⁹⁹.

Die Konkursordnung, einst als „Perle der Reichjustizgesetze“⁴⁰⁰ bezeichnet, war am 01.10.1879 in Kraft getreten. Sie überdauerte mit Modifikationen die Phase der Hyperinflation während der Weimarer Republik und die Weltwirtschaftskrise ebenso wie zwei Weltkriege. Zuletzt kam jedoch immer stärkere Kritik an der Konkursordnung auf, so dass einzeln sogar

³⁹⁷ Breuer, 2003, Rn. 1 f.

³⁹⁸ Dazu näher oben: C. I. 3. (Die Konkursordnung von 1877).

³⁹⁹ Dazu näher oben: C. I. 4. (Die Vergleichsordnung von 1935).

⁴⁰⁰ Pape/Uhlenbruck, 2002, Rn. 31.

vom „Konkurs des Konkurses“⁴⁰¹ die Rede war⁴⁰², womit die Massearmut der Insolvenzen gemeint war⁴⁰³. Die Kritik richtete sich vor allem gegen das System der Rangklassen nach § 61 KO und die Tatsache, dass gesicherte Gläubiger nicht am Konkursverfahren teilnahmen und die ihnen gestellten Sicherheiten herausverlangen bzw. selbst verwerten konnten - eine Gleichbehandlung der Gläubiger wurde somit außer Kraft gesetzt. Dies führte bei einer seit 1960 ständig stark zunehmenden Zahl an Konkursverfahren⁴⁰⁴ dazu, dass zuletzt im Schnitt lediglich ca. 25 % der Konkursverfahren eröffnet, wovon allerdings weitere ca. 10 % nachträglich mangels Masse wieder eingestellt wurden⁴⁰⁵. Dies bedeutete, dass drei Viertel aller Verfahren mangels Masse erst gar nicht eröffnet wurden. Die nicht bevorrechtigten Gläubiger erhielten in Verfahren, in denen es zu einer Schlussverteilung der Masse kam, im Schnitt eine Quote von etwa 3 % bis 5 %⁴⁰⁶. Selbst die bevorrechtig-

⁴⁰¹ Kilger, KTS 1975, S. 142 ff.; Becker, 2008, Rn. 50.

⁴⁰² Dazu näher oben: C. II. 1. (Der Reformweg des Insolvenzrechts).

⁴⁰³ Kilger, KTS 1975, S. 142; Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), FS Einhundert Jahre Konkursordnung, 1977, S. 3 ff.; Hanisch, ZZP 90, 1977, S. 1.

⁴⁰⁴ Foerste, 2004, S. 15 ff.

⁴⁰⁵ Bork, 2005, S. 5.

⁴⁰⁶ Buth/Hermanns, 2004, Rn. 5.

ten Gläubiger erhielten auf ihre Rangklasse nur eine Quote von durchschnittlich ca. 20 %⁴⁰⁷.

Auch das Vergleichsverfahren nach der Vergleichsordnung war, statistisch gesehen, infolge der hohen Zulässigkeitsvoraussetzungen (gesetzlich vorgegebene Mindestquoten von 35% bzw. 40% gemäß § 7 VglO) von eher geringerer Bedeutung. Problematisch hierbei war, dass Vergleichsverfahren, bei denen sich nach Vergleichseröffnung bzw. -bestätigung eine Erhöhung der Schuldmasse abzeichnete, nur dann durchgeführt werden konnten, wenn noch zwei weitere Voraussetzungen erfüllt waren: Einerseits musste eine „starke ordnende Verwalterhand“ den Weg weisen, andererseits musste die Erfüllung des Vergleichs durch weitere außergerichtliche Vergleichsmaßnahmen bestimmter Gläubiger überhaupt erst ermöglicht werden⁴⁰⁸. Die Vergleichsordnung war somit aufgrund der geringen Zahlen an Vergleichen (jährlich zwischen etwa 30 und 50) und der Tatsache, dass selbige nur in etwa 0,45% aller Insolvenzverfahren am Ende durch das Gericht bestätigt worden waren⁴⁰⁹, so gut wie bedeutungslos geworden⁴¹⁰. Bei-

⁴⁰⁷ Schmerbach, 2009, vor §§ 1 InsO f., Rn. 11 f.

⁴⁰⁸ Wiester, BC 1998, S. 65.

⁴⁰⁹ Buth/Hermanns, 2004, Rn. 5.

⁴¹⁰ Keller, 2006, Rn. 48.

spielsweise wurden im Jahre 1950 1.721 Vergleichsverfahren bei insgesamt 5.735 Insolvenzen eröffnet. Im Jahre 1997 waren es gerade noch 35 Vergleichsverfahren bei insgesamt 33.398 Insolvenzen⁴¹¹.

In den neuen Bundesländern hingegen kam die aus der DDR übernommene Gesamtvollstreckungsordnung⁴¹² mit Modifikationen weiter zur Anwendung, nachdem die Konkursordnung im Zuge der Beitrittsverhandlungen als reformbedürftiges Gesetz eingestuft worden und dementsprechend eine Ausdehnung der Geltung auf die neuen Bundesländer nicht erwünscht war. Die Gesamtvollstreckungsordnung, die im Zuge der Wiedervereinigung zunächst neu gestaltet und an die neuen Bedingungen angepasst worden war, trat in dieser geänderten Form am 01.07.1990 in Kraft. Doch es stellte sich nach einiger Zeit heraus, dass sie auch in ihrer geänderten Gestalt keine langfristige Lösung, insbesondere kein Modell für die damals heiß diskutierte Insolvenzrechtsreform sein konnte. Dazu waren die Regelungen zu lückenhaft. Dies führte zwangsläufig zu einer Vielzahl von ungelösten Problemen, die weder durch die deswegen notwendig gewordene Einzelfallrechtsprechung

⁴¹¹ Genske, 2005, S. 18.

⁴¹² Dazu näher oben: C. I. 5. (Die Gesamtvollstreckungsordnung).

noch durch die deutliche Zunahme an Aufsatz- und Kommentarliteratur gelöst werden konnten⁴¹³. Dies hatte zur Folge, dass für etwa acht Jahre die oben genannte Zersplitterung des Insolvenzrechts hingenommen werden musste. Dieser bedauerliche Zustand der Rechtszersplitterung innerhalb der Bundesrepublik wurde erst mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung bzw. mit der Einheitlichkeit des Verfahrens endgültig beseitigt.

2.2. Regelungen zur Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

Ein weiterer Schwerpunkt der Insolvenzrechtsreform lag in dem Bestreben, ein auf Verbraucherinsolvenzverfahren zugeschnittenes Instrumentarium abzubilden. Der Grundsatz der Konkursordnung, wonach für natürliche und juristische Personen, Kaufleute und Nichtkaufleute dieselben Regelungen bei einer Insolvenz galten, wurde im Rahmen der Insolvenzrechtsreform daher nur eingeschränkt beibehalten. Gemäß § 11 InsO kann zwar ein Insolvenzverfahren über das Vermögen jeder Person eröffnet werden, sei es eine natürliche oder juristische Person, ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine Gesell-

⁴¹³ Keller, 2006, Rn. 48.

schaft ohne Rechtspersönlichkeit (grundsätzliche Festlegung der Insolvenzfähigkeit). Allerdings ist für Arbeitnehmer einschließlich leitender Angestellter, Kleingewerbetreibende und Erwerbslose nunmehr zwingend das Verbraucherinsolvenzverfahren gemäß §§ 305 ff. InsO vorgeschrieben. Es handelt sich hierbei um ein subsidiäres und vereinfachtes Verfahren speziell für natürliche Personen. Da jedoch natürliche Personen nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit sind, wird an dieser Stelle auch nicht weiter darauf eingegangen.

Für alle juristische Personen, alle Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit und alle nicht nur geringfügig wirtschaftlich selbständig Tätigen, auch Alleingesellschafter, die zugleich organschaftlich bestellt sind⁴¹⁴, kommen demgegenüber die allgemeinen Vorschriften des Insolvenzrechts zur Anwendung. Ein spezielles für Unternehmensträger⁴¹⁵, insbesondere Unternehmen, konzipiertes Insolvenzrecht gibt es nicht⁴¹⁶. Insoweit sind die Vorschriften des Insolvenzrechts rechtsform- und mit Ausnahme der Abgrenzung zum Kleinge-

⁴¹⁴ BGH, Urteil vom 22.09.2005 - IX ZB 55/04, NZI 2005, S. 676.

⁴¹⁵ Ein Unternehmensträger ist eine rechtsfähige Person, der ein Unternehmenschuld- und sachenrechtlich zugeordnet ist. Unternehmensträger kann eine natürliche Person sein, eine Personengesellschaft oder eine juristische Person; vgl. hierzu: Bülow, 2009, S. 10 f.

⁴¹⁶ Henckel, in: Henckel/Gerhardt/Kilger/Kreft (Hrsg.), FS Merz, 1992, S. 197 ff.

werbetreibenden auch größenneutral. Daraus folgt, dass sie sowohl für die Mutter-AG eines multinationalen Konzerns als auch für eine mittelständische GmbH volle Anwendung finden.

2.3. Förderung der außergerichtlichen Sanierung

Ein zentraler Schwerpunkt der Insolvenzrechtsreform lag in der Förderung außergerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten. Dahinter stand die Idee, die Sanierung von in der Krise befindlichen Unternehmen außerhalb eines Insolvenzverfahrens durch geeignete finanz- und leistungswirtschaftliche Maßnahmen zu erleichtern⁴¹⁷. Notwendige Sanierungshandlungen sollten schon vor Eintritt der Insolvenzreife zielgerichtet in Gang gesetzt werden können. Die Vorteilhaftigkeit des Maßnahmenpakets lag gerade in der Möglichkeit, bereits bei Kenntnis erster betriebswirtschaftlicher Krisensignale⁴¹⁸ frühzeitig entsprechende Gegenmaßnahmen zur Rettung des Unternehmens durchsetzen zu können. Insofern sollte an diesem Punkt die Insolvenzrechtsreform dazu beitragen, dass sich die außergerichtlichen Sanierungschancen von in der Krise be-

⁴¹⁷ GesE Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 2.

⁴¹⁸ Bickhoff/Blatz/Eilenberger/Haghani/Kraus, 2004, S. 431.

findlichen Unternehmen erhöhten bzw. eine sich etwaig abzeichnende Insolvenz frühzeitig verhindert werden konnte⁴¹⁹.

2.3.1. Abschaffung des § 419 BGB a.F.

Der erste Schritt zur Förderung der außergerichtlichen Sanierung war zunächst, gemäß Art. 33 Nr. 16 EGIInsO, die ersatzlose Aufhebung des § 419 BGB in seiner bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung. Diese Vorschrift begründete die Haftung eines Übernehmers bei Vermögensübernahme. Übernahm demnach jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so konnten dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, mit Abschluss des Vertrages ihre zu diesem Zeitpunkt bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen⁴²⁰. Den Gläubigern sollten Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen des Schuldners erhalten bleiben, auch wenn dieser sein Vermögen vertraglich an einen Dritten übertragen hatte. Im Wesentlichen war diese Vorschrift einschlägig bei der Veräußerung von Grundstücken sowie der entgeltlichen Geschäftsübertragung. Die Mithaftung zu Lasten des Vermögensübernehmers führte

⁴¹⁹ Bork, 2003, Einführung, S. XI.

⁴²⁰ § 419 Abs. 1 BGB a.F.

in diesen Fällen zu Ungerechtigkeiten, da dieser nach der vertraglich vereinbarten Vermögensübernahme das Insolvenzrisiko des Schuldners zu tragen hatte⁴²¹. Insoweit stellte die Vorschrift des § 419 BGB a.F. für die freie respektive außergerichtliche Sanierung von Unternehmen mittels Übertragung des Vermögens auf einen neuen Unternehmensträger (so genannte übertragende Sanierung) ein Hemmnis dar, weil im Sinne dieser Vorschrift das zu übertragende Unternehmen bei Kapitalgesellschaften praktisch immer und bei sonstigen Unternehmensträgern vielfach das gesamte Vermögen darstellte. Bis zur ersatzlosen Aufhebung dieser Vorschrift konnte die übertragende Sanierung daher nur im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens realisiert werden, da § 419 BGB a.F. bei Verwertung aus der Insolvenzmasse nicht anwendbar war.

2.3.2. Vereinfachung der Kapitalherabsetzung und - erhöhung gemäß §§ 58a ff. GmbHG

Eine weitere Maßnahme zur Förderung der außergerichtlichen Sanierung lag darin, die Zuführung neuen Kapitals an sanierungsbedürftige Unternehmen zur Stärkung ihrer Eigenkapital-

⁴²¹ Ziegenhagen, Vortrag vor dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V., 1999.

basis zu vereinfachen. Sanierungsmaßnahmen dieser Art sind häufig in einer Kombination von nominaler Kapitalherabsetzung und effektiver Kapitalerhöhung anzutreffen. Die Verknüpfung beider Maßnahmen bzw. der so genannte Kapitalschnitt⁴²² führen dazu, dass durch eine nominale Kapitalherabsetzung die bisher angefallenen Verluste bilanziell ausgeglichen werden und dem Unternehmen durch eine gleichzeitige effektive Kapitalerhöhung neues Kapital zugeführt wird. Das Sanierungsinstrumentarium des Kapitalschnitts wird seitdem dadurch begünstigt, dass bei der GmbH eine vereinfachte Kapitalherabsetzung ermöglicht wurde⁴²³. Demgemäß wurden im Zuge der Insolvenzrechtsreform als flankierende Maßnahmen die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH nach dem Vorbild der §§ 229 ff. AktG geändert bzw. angepasst. Die ursprüngliche Vorschrift des § 58 GmbHG unterschied nicht zwischen der effektiven und der nominellen Kapitalherabsetzung und verlangte deshalb bei Vornahme einer Kapitalherabsetzung die Einhaltung einer Sperrfrist von einem Jahr für die Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses zur Eintragung ins Han-

⁴²² Bei einem Kapitalschnitt wird eine nominelle Kapitalherabsetzung mit einer effektiven Kapitalerhöhung verbunden; vgl. hierzu: Bauer, 2008, S. 46 ff.; Ott/Göpfert, 2005, S. 140.

⁴²³ GesE Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 3.

delsregister⁴²⁴. Durch die Verabschiedung der neuen §§ 58a ff. GmbHG wurde die einfache Kapitalherabsetzung ermöglicht. Nach diesen Vorschriften kann eine vereinfachte Kapitalherabsetzung des Stammkapitals nur vorgenommen werden, wenn Wertminderungen auszugleichen oder sonstige Verluste zu decken sind. Voraussetzung hierfür ist, dass der Teil der Kapital- und Gewinnrücklage, der zusammen genommen über 10% des nach der Herabsetzung verbleibenden Stammkapitals hinausgeht, vorweg aufgelöst ist. Die vereinfachte Kapitalherabsetzung ist jedoch unzulässig, solange noch ein Gewinnvortrag vorhanden ist⁴²⁵. Die aus der Kapitalherabsetzung und der Auflösung der Kapital- oder Gewinnrücklagen gewonnenen Beträge dürfen nur zur Verlustdeckung herangezogen und unter der Voraussetzung, dass diese nicht 10% des um die Herabsetzung verminderten Stammkapitals übersteigen, in die Kapitalrücklage eingestellt werden⁴²⁶. Diese Beträge unterliegen einer Ausschüttungssperre von fünf Jahren⁴²⁷ und beeinflussen infolgedessen auch das Ausschüttungsverhalten auf künftig erzielbare Gewinne. Sie dürfen nur ausgeschüttet werden, wenn die Kapital- und Gewinnrücklage 10% des um

⁴²⁴ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 159.

⁴²⁵ § 58a Abs. 1 und 2 GmbHG.

⁴²⁶ § 58b Abs. 1 und 2 GmbHG.

⁴²⁷ § 58b Abs. 3 GmbHG.

die Herabsetzung verminderten Stammkapitals erreichen⁴²⁸. Kommt es zum Nichteintritt angenommener Verluste in der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erwarteten Höhe, so ist der hierauf anfallende Unterschiedsbetrag in die Kapitalrücklage einzustellen⁴²⁹. Durch die Einführung dieser Bestimmungen ist seitdem eine außergerichtliche Sanierung auch mit Hilfe der vereinfachten Kapitalherabsetzung möglich⁴³⁰.

2.3.3. Wegfall des „Konzernvorbehalts“ gemäß § 455 Abs. 2 BGB a.F.

Eine andere Maßnahme zur Förderung der außergerichtlichen Sanierung war die Nichtigerklärung des so genannten „Konzernvorbehalts“ als besonders weit reichendes Sicherungsmittel⁴³¹. Seit der im Rahmen der Neuordnung des Insolvenzrechts eingeführten Regelung des § 455 Abs. 2 BGB a.F. (nunmehr § 449 Abs. 3 BGB)⁴³² ist die Vereinbarung eines so genannten „Konzernvorbehalts“ im Rahmen des Eigentumsvorbehalts verboten. Der Konzernvorbehalt sicherte früher als

⁴²⁸ § 58d GmbHG.

⁴²⁹ § 58c GmbHG.

⁴³⁰ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 160.

⁴³¹ GesE Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 2.

⁴³² Vorschrift neugefasst durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

kautelarische Ausgestaltung der Sicherungsformen neben den eigenen Forderungen des Verkäufers (Vorbehaltseigentümers) zusätzlich die Forderungen Dritter, d.h. das Sicherungsobjekt wurde dadurch von der unmittelbar gesicherten Forderung losgelöst und diente auch für andere Forderungen aus laufenden Rechnungen bzw. den dahinter stehenden Gläubigern als Sicherungsmittel⁴³³. Bei diesen Gläubigern handelte es sich insbesondere um im Konzernverbund mit dem Verkäufer stehende Unternehmen. Eigentumsvorbehalte dieser Art erloschen erst im Moment der vollständigen Befriedigung aller Forderungen gegenüber sämtlichen Konzerngesellschaften. Somit entstand eine enge Verzahnung zwischen dem eigentlichen Eigentumserwerb auf der einen und der vollständigen Erfüllung aller Forderungen des Verkäufers nebst verbundenen Unternehmen auf der anderen Seite. Dies hatte zur Folge, dass das Eigentum auf unbestimmbare Zeit mit Sicherungsrechten zu Gunsten der Gläubiger belegt blieb. Die Beibehaltung des Konzernvorbehalts war insoweit bedenklich, als im Falle einer Insolvenz die Sicherungsrechte mit den Interessen der ungesicherten Gläubiger kollidiert wären und dementsprechend die Insolvenzmasse unangemessen geschmälert wor-

⁴³³ Perridon/Steiner, 1999, S. 381.

den wäre⁴³⁴. Dies hätte sich nicht nur negativ auf die Befriedigungsaussichten ungesicherter Gläubiger ausgewirkt, vielmehr hätte diese Vorschrift im Rahmen eines Insolvenzverfahrens auch die Sanierungsversuche im Wege einer übertragenden Sanierung durch den Insolvenzverwalter in einem hohen Maße erschwert. Obwohl diese Maßnahme der Insolvenzrechtsreform vorrangig eine gewichtige Rolle als Sanierungsbeitrag innerhalb eines Insolvenzverfahrens spielt, strahlt sie quasi synergetisch auch auf das Betätigungsfeld der außergerichtlichen Sanierung aus. Der Wegfall des Konzernvorbehalts führt seitdem bei in der Krise befindlichen Unternehmen durch die Möglichkeit der frühzeitigeren Stellung eigener Sicherheiten in Gestalt von nicht mehr unter Eigentumsvorbehalt stehenden Vermögensgegenständen in der Regel zu größeren Handlungsspielräumen bei der Beschaffung liquider Mittel⁴³⁵.

2.3.4. Verschärfung des Anfechtungsrechts

Im Einklang mit den zuvor erläuterten Schritten zur Förderung der außergerichtlichen Sanierung stand ebenfalls auch die

⁴³⁴ Ziegenhagen, Vortrag vor dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V., 1999.

⁴³⁵ Ebd.

Neufassung des Anfechtungsgesetzes gemäß Artikel 1 EGIIn-sO⁴³⁶. Zielsetzung dieses Gesetzes war es, den Gläubiger davor zu schützen, dass pfändbare Vermögensgegenstände des Schuldners dem Gläubigerzugriff entzogen werden. Im Zuge der Neuregelung der Insolvenzanfechtung wurde das Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens entsprechend adaptiert. Der Anpassungsprozess beinhaltete insbesondere materielle Änderungen in den Bereichen Anfechtungsfristen sowie Beweislastverteilung⁴³⁷. Die Verschärfung des Anfechtungsrechts führt bei den Anfechtungsgründen zu einem Verzicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale oder zumindest zur Erleichterung von deren Nachweis⁴³⁸, unbeschadet dessen, ob der Anfechtungsanspruch außerhalb oder innerhalb eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht wird. Insoweit entspricht der Zweck dieses Gesetzes der Insolvenzanfechtung im Insolvenzverfahren gemäß §§ 129 ff. InsO. Dieser Gleichklang führt nunmehr dazu, dass Vermögensverschiebungen schon im Vorfeld einer möglichen Insolvenz leichter verfolgbar und entsprechende Ansprüche besser durchsetzbar sind. Unter Um-

⁴³⁶ Ebd.

⁴³⁷ Ebd.

⁴³⁸ Bork, 2003, Einführung, S. XII.

ständen könnten sich für in der Not befindliche Unternehmen aus der Anwendung verschärfter Anfechtungsgesetze effektivere Möglichkeiten für ein stringenteres Forderungsmanagement ergeben, was letztlich auch mittelbar einen Sanierungserfolg begünstigen könnte.

2.3.5. Sanierungsfeindliche Vorschriften

Die Insolvenzrechtsreform hatte ebenso das Ziel, ein Insolvenzrecht zu schaffen, das die Sanierung von Unternehmen und damit den Erhalt möglichst vieler Arbeitsplätze bewirkt bzw. diesbezügliche Regelungen präferiert. Es sollte damit ein Paradigmenwechsel gegenüber dem alten Grundsatz der Konkursordnung, Unternehmen zu zerschlagen⁴³⁹, vollzogen werden. Jedoch wurde dieser gesetzgeberseitig intendierte Ansatz nicht konsequent umgesetzt. So blieben einige wichtige vorzunehmende Änderungen und Neugestaltungen geltenden Rechts in anderen Rechtsgebieten, die in einem hohen Maß auf die Insolvenzordnung und deren Regelungen Einfluss nehmen, auf der Strecke. Sie kompensieren in Teilen bis heute die in der Insolvenzrechtsreform artikulierten Grundsätze,

⁴³⁹ Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 89.

einer Sanierung in der Insolvenz den Vorzug vor einer Liquidation zu geben. Es handelt sich bei diesen Vorschriften insbesondere um die als sanierungsfeindlich angesehenen Bestimmungen der § 613a BGB und § 75 AO.

2.3.5.1. Sanierungsfeindlichkeit des § 613a BGB

Beim Übergang von Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber im Rahmen von übertragenden Sanierungen sind die Regelungen des § 613a BGB zu beachten⁴⁴⁰. Er bewirkt, dass bei der Übernahme von (Teil-)Betrieben grundsätzlich alle Rechte und Pflichten aus bestehenden Arbeitsverhältnissen auf den Erwerber mit übergehen (so genannter Betriebsübergang). Die damit verbundene Übernahme erheblicher Haftungsrisiken durch den Käufer stellt in der Regel ein großes Hindernis für eine erfolgreiche gerichtliche bzw. außergerichtliche Sanierung dar⁴⁴¹. Gegenwärtig scheitern noch immer eine Vielzahl von Unternehmenskäufen im Rahmen von übertragenden Sanierungen an den Folgen des § 613a BGB⁴⁴². Die Sorge vor den Konsequenzen des § 613a BGB ist erwerberseitig derart

⁴⁴⁰ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 168.

⁴⁴¹ Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 127.

⁴⁴² Arlinghaus, 2007, S. 15.

groß, dass nach anderen Lösungen gesucht oder aber auf den Erwerb des schuldnerischen Unternehmens zur Gänze verzichtet wird. Dennoch konnte sich der Gesetzgeber nicht dazu durchringen, den Schutzbereich des § 613a BGB im Rahmen der Einführung der InsO einzuschränken oder ganz wegfällen zu lassen⁴⁴³ und dies, obwohl § 613a BGB im Rahmen von Konkursverfahren, die den Regelungen der GesO unterworfen waren, keine Anwendung fand. Insoweit musste der deutschen Rechtsordnung die Einschränkung des § 613a BGB vorher sehr wohl bekannt gewesen sein.

Mittlerweile haben nun auch die Gerichte erkannt⁴⁴⁴, dass eine uneingeschränkte Anwendung des § 613a BGB eher zu einer Vernichtung von Arbeitsplätzen führt als zu deren Erhalt beiträgt. Mithin hat die Rechtsprechung, wenn auch nur für die gerichtliche Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, dazu beigetragen, dass gewisse mit einer Sanierung einhergehende Zwänge Berücksichtigung finden⁴⁴⁵. Ausgehend von der ursächlichen Zielsetzung des § 613a BGB, die bestehenden Arbeitsplätze bei einem Inhaberwechsel im Wege einer

⁴⁴³ Smid, § 113 InsO, 2001, Rn. 3 ff.

⁴⁴⁴ LAG Hamm, Urteil vom 05.06.2003, Aktz. 4 - (16) Sa1976/02.

⁴⁴⁵ Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 93.

übertragenden Sanierung zu schützen, die Kontinuität des Betriebsrates aufrecht zu erhalten sowie das Haftungsrisiko zwischen dem alten und dem neuen Arbeitgeber zu verteilen, hat das gerichtsseitige Umdenken dazu geführt, dass zumindest der potenzielle Erwerber eines Betriebs nicht mehr für die bereits vor Übertragung entstandenen Ansprüche haftet⁴⁴⁶.

2.3.5.2. Sanierungsfeindlichkeit des § 75 AO

Gleiches gilt für den steuerlichen Haftungstatbestand des § 75 AO. Die Vorschrift findet allerdings nur im Rahmen von übertragenden Sanierungen außergerichtlicher Prägung vollumfängliche Anwendung. Sie setzt voraus, dass ein Unternehmen im Ganzen oder ein in der Organisationsstruktur eines Unternehmens gesondert geführter Teilbetrieb übertragen wird⁴⁴⁷. Demzufolge haftet ein potenzieller Erwerber für Steuern, bei denen die Steuerpflicht an den Betrieb des Unternehmens knüpft, sofern diese seit Beginn des letzten Jahres vor der Übertragung entstanden und bis zum Ablauf von einem Jahr nach Anmeldung des Betriebes durch den Erwerber bei den Finanzbehörden angemeldet oder festgesetzt worden

⁴⁴⁶ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 189.

⁴⁴⁷ § 75 Abs. 1 AO.

sind⁴⁴⁸. Die Aufrechterhaltung der steuerlichen Haftungsvorschrift erschwert die Bemühungen konstruktiver außergerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten und läuft zumindest dem dritten Schwerpunkt der Insolvenzrechtsreform, der Förderung der außergerichtlichen Sanierung, zuwider. Gerichtliche Sanierungsmaßnahmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens sind jedoch von den Haftungstatbeständen des § 75 AO ausgenommen. Diese Norm gilt insofern nicht für Käufe aus einer Insolvenzmasse und für Käufe im Vollstreckungsverfahren⁴⁴⁹.

2.4. Maßnahmen gegen Massearmut

Der vierte Schwerpunkt der Insolvenzrechtsreform lag in der Stärkung und dem Ausbau von die Massearmut verhindernden Maßnahmen. Die Durchführung des Konkursverfahrens nach früherem Recht scheiterte, wie dargelegt, häufig daran, dass nicht ausreichend Masse zur Verfügung stand. So wurden ca. 75% aller gestellten Konkursanträge vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung mangels Masse abgelehnt⁴⁵⁰. Nur eine unbedeutende Anzahl an Gläubigern konnte in den noch verblie-

⁴⁴⁸ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 168.

⁴⁴⁹ § 75 Abs. 2 AO.

⁴⁵⁰ Dazu näher oben: C. II. 2.1. (Einheitlichkeit des Verfahrens).

benen eröffneten Verfahren ihre Forderungen (vollständig) durchsetzen. Das Gros jedoch erreichte allenfalls eine quotale Befriedigung ihrer Ansprüche in Abhängigkeit von der zur Verfügung stehenden Masse⁴⁵¹. Insofern fokussierten sich die Bestrebungen der gegen die Massearmut gerichteten Maßnahmen vornehmlich auf eine frühzeitigere, leichtere und häufigere Verfahrenseröffnung sowie eine zum Ende des Verfahrens gläubigerseitig höhere zu erwartende Quote bzw. verteilungsfähige Masse⁴⁵². Innerhalb dieser postulierten Absichten wurden zieladäquate Maßnahmen entwickelt und auf den Weg gebracht. Hierbei ging die Blickrichtung des Reformvorhabens in zwei aufeinander aufbauende und gleichsam auch den Verfahrensablauf berücksichtigende Richtungen: In einem ersten Schritt sollte bereits im Vorfeld einer Insolvenzantragstellung die Verfahrensabweisung mangels Masse verhindert werden. Der sich daran anschließende zweite Schritt sollte im Rahmen eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens eine etwaige nachträgliche Einstellung durch Massenreicherungsmaßnahmen verhindern und dafür Sorge tragen, dass eine möglichst hohe verteilungsfähige Masse für die Gläubiger zur Verfügung steht.

⁴⁵¹ Schulden und Insolvenz Info Hilfe Forum, 2003, S. 1.

⁴⁵² Bork, 2003, Einführung, S. XII.

2.4.1. Verhinderung von Verfahrensabweisungen mangels Masse

Bei der Frage nach geeigneten Maßnahmen, die eine Verfahrensabweisung mangels Masse verhindern sollen, kamen insbesondere die im Folgenden dargestellten Maßnahmen in Betracht:

2.4.1.1. Drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO

Ein Instrument zur Förderung einer frühzeitigeren Verfahrenseröffnung war die Einführung des Insolvenzeröffnungstatbestands der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO⁴⁵³. Demnach droht ein Schuldner zahlungsunfähig zu werden, wenn er mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht mehr in der Lage sein wird, seine bestehenden Zahlungsverpflichtungen zum Fälligkeitszeitpunkt zu erfüllen⁴⁵⁴. Im Gegensatz zur Definition und Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO steht hier nicht die Betrachtung der

⁴⁵³ Dazu näher unten: E. III. 3.3.4. (Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO).

⁴⁵⁴ § 18 Abs. 2 InsO.

Zeitpunktilliquidität, sondern die der Zeitraumilliquidität im Vordergrund, d.h. von einem Zahlungsunvermögen ist erst dann auszugehen, wenn das Unternehmen künftig voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, seinen Zahlungsverpflichtungen vollumfänglich nachzukommen. Die Messung der Zeitraumilliquidität, in Form einer Liquiditätsplanung als prognostisches Element, setzt diesbezüglich eine prospektive Überprüfung der finanzwirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen voraus⁴⁵⁵. In dem frühen Stadium einer sich möglicherweise abzeichnenden Krise bietet eine frühzeitigere Verfahrenseröffnung die Chance, eine aussichtsreiche Sanierung, beispielsweise im Wege eines Insolvenzplanverfahrens, zu initiieren, zumindest aber die Befriedigungsquote zu optimieren. Um präventiv missbräuchlich gestellte Insolvenzanträge von Seiten der Gläubiger zu verhindern, kann der Eröffnungsantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit jedoch nur durch den Schuldner selbst gestellt werden⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 44.

⁴⁵⁶ Bork, 2003, Einführung, S. XII.

2.4.1.2. Überschuldung gemäß § 19 InsO

Ein weiteres und vor allen Dingen wesentliches Instrument zur Förderung einer frühzeitigeren Verfahrenseröffnung war die Konkretisierung des Tatbestands der Überschuldung. Der Überschuldungsbegriff wurde durch die Insolvenzordnung einer gesetzlichen Definition zugeführt⁴⁵⁷. An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass sich im Rahmen der Einführung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG)⁴⁵⁸, ausgelöst durch die Finanzmarktkrise, der Begriff der Überschuldung seit dem 18.10.2008 vorübergehend für zwei Jahre bzw. für fünf Jahre geändert hat⁴⁵⁹. Da jedoch zum Zeitpunkt der Implementierung der Insolvenzordnung der - aus heutiger Sicht vormalige - Überschuldungsbegriff in fünf Jahren wieder dem nachmaligen entsprechen wird, stellt die Darstellung der Ziele der Insolvenzrechtsreform auf den „alten“ Überschuldungsbegriff ab - an dieser Stelle allerdings nur zu Erläute-

⁴⁵⁷ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 1.

⁴⁵⁸ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. I S. 1982.

⁴⁵⁹ Mit der Einführung des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, welches am 30.09.2009 in Kraft trat, wurde die Frist um weitere drei Jahre verlängert, BGBl. I S. 3151; BR-Drs. 718/09 vom 10.09.2009; BT-Drs. 16/13980 vom 03.09.2009; BT-Drs. 16/13927 vom 21.08.2009.

rungszwecken⁴⁶⁰. Demzufolge liegt Überschuldung gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Ferner ist gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners im Rahmen einer Überschuldungsprüfung nicht auf Liquidations-, sondern auf Fortführungswerte abzustellen, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Dieses Erfordernis bedingt eine mehrstufige Überschuldungsmessung.

Der Überschuldungstatbestand des § 19 InsO entspricht in seiner Ausgestaltung der zentralen legislativen Zielsetzung einer effektiven Vorverlagerung des Zeitpunkts der Eröffnung bzw. der Beantragung des Insolvenzverfahrens, da als Folge dieser Vorverlagerung die Chance auf eine erfolgreiche Sanierung im Wege einer übertragenden Sanierung oder eines Insolvenzplanverfahrens steigt und mit ihr die Chance auf eine erhöhte Verteilungsmasse⁴⁶¹. Der sachlogische Zusammenhang zwischen der Überschuldungsthematik einerseits und dem Primat einer begünstigten und vereinfachten Verfahrenseröffnung andererseits liegt darin begründet, dass der Zustand

⁴⁶⁰ Dazu näher unten: E. III. 3.3.5. (Überschuldung nach § 19 InsO).
⁴⁶¹ Poertzgen, ZInsO 2009, S. 402.

der Überschuldung (Insuffizienz) und der Zustand der Zahlungsunfähigkeit (Illiquidität) in einem gewissen Verhältnis zueinander stehen. Der insolvenzrechtliche Tatbestand der Überschuldung ist im Regelfall dem der Zahlungsunfähigkeit vorgeschaltet⁴⁶², d.h. die leistungswirtschaftliche Fehlentwicklung eines Unternehmens ist häufig Ursprung für eine zu einem späteren Zeitpunkt auftretende finanzwirtschaftliche Krise. Der Vorteil des Insolvenzgrundes der Überschuldung liegt demnach in dem für eine aussichtsreiche Sanierung ausschlaggebenden zeitlichen Moment der frühzeitigeren Kenntnis erster Krisensymptome, im Unterschied zum Insolvenztatbestand der Zahlungsunfähigkeit⁴⁶³. Somit ist bereits in einem frühen Stadium der Krise die Verfahrenseröffnung möglich, um so im Interesse der Gläubiger die weitere Schmälerung des Gläubigerzugriffsvermögens zu vermeiden⁴⁶⁴. Die Aufmerksamkeit der Gläubiger richtet sich demgemäß vornehmlich auf die Sicherstellung der Schuldendeckungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens. Dies bedeutet, dass den Verbindlichkeiten des Unternehmens ausreichendes Vermögen zur Schul-

⁴⁶² Uhlenbruck, 2003, S. 401.

⁴⁶³ Dazu näher unten: E. III. 3.3.5.2. (Dependenzen zwischen der insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO und der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO).

⁴⁶⁴ Pasewaldt, 2004, S. 16.

dendeckung gegenübersteht, damit Ansprüche von Gläubigern aus dem Gesellschaftsvermögen vollständig befriedigt werden können⁴⁶⁵. Frühzeitigere Möglichkeiten der Verfahrenseröffnungen können diesem Erfordernis Rechnung tragen.

2.4.1.3. Verfahrenseröffnung bei Kostendeckung

Eine direkte Maßnahme zur Verhinderung der Verfahrensabweisung mangels Masse war, dass für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nur noch die Kosten des Verfahrens (so genannte Massekosten) gedeckt sein mussten. Diese setzen sich seitdem nur noch aus den Gerichtskosten, der Vergütung sowie den Auslagen des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und der Gläubigerausschussmitglieder zusammen⁴⁶⁶. Die Neuausrichtung dieser Regelung beruht darauf, dass es keine den Verfahrenskosten vorgehenden sonstigen Masseverbindlichkeiten mehr gibt⁴⁶⁷. Gemäß § 26 Abs. 1 InsO weist das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann ab, wenn das Vermögen des Schuldners vermutlich nicht ausreichen wird, um die Verfahrenskosten zu decken.

⁴⁶⁵ Pasewaldt, 2004, S. 18.

⁴⁶⁶ § 25 i.V.m. § 54 InsO.

⁴⁶⁷ § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Die Abweisung unterbleibt, wenn ein hinreichender Geldbetrag bevorschusst wird oder die Kosten des Verfahrens nach § 4a InsO gestundet werden. In diesem Zusammenhang wurden zusätzlich noch die Massekosten verringert. Dieser Maßnahme lag die Überlegung zugrunde, weniger Masse für die Deckung der Verfahrenskosten zu beanspruchen. In erster Linie wurde dies durch die Neuordnung der Vergütung aller beteiligten Organe - inklusive des (vorläufigen) Insolvenzverwalters - in der vom Bundesministerium der Justiz erlassenen Vergütungsverordnung gewährleistet⁴⁶⁸. Zudem wurde ein Impulsgebender Anreiz in Gestalt einer subsidiären Verfahrenskostenhaftung der zur Antragstellung verpflichteten Organmitglieder geschaffen. Wer nunmehr für den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Verfahrenskostenvorschuss leistet, kann die Erstattung des verauslagten Betrages von den verpflichteten Organmitgliedern verlangen, die entgegen den Vorschriften des § 15a InsO den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt haben⁴⁶⁹. Damit sollte erreicht werden, dass Gläubiger, die

⁴⁶⁸ Vergütungsverordnung des Bundesministeriums der Justiz aufgrund des § 65 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 Nr. 1, § 73 Abs. 2, § 274 Abs. 1, § 293 Abs. 2 und § 313 Abs. 1 der Insolvenzordnung vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2866); §§ 65, 73 Abs. 2 InsO.

⁴⁶⁹ § 26 Abs. 3 Satz 1 InsO.

einen Verfahrenskostenvorschuss geleistet haben, um damit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erwirken, nicht nur einen Rückerstattungsanspruch der verauslagten Verfahrenskosten haben. Vielmehr sollte auch das Insolvenzverfahren als solches in jedem Fall eröffnet und durchgeführt werden können⁴⁷⁰.

2.4.1.4. Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO

Eine weitere direkt gegen die Verfahrensabweisung mangels Masse gerichtete Maßnahme war die Einführung des Instrumentariums der Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO. Die Eigenverwaltung zählte zu den wesentlichen Neugestaltungen der Insolvenzordnung. Demzufolge ist nunmehr ein Schuldner berechtigt, unter Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, wenn das Insolvenzgericht in dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung anordnet⁴⁷¹. Die Verwaltungs- und Verfügungsmacht verbleibt somit beim Schuldner. Mit diesem Schritt war auch die gesetzgeberische Vorstellung verbunden, die Autonomie der Verfahrensbeteiligten auszu-

⁴⁷⁰ Bork, 2003, Einführung, S. XIII.

⁴⁷¹ § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO.

bauen⁴⁷². Der vom Insolvenzgericht eingesetzte Sachwalter hat bei Anordnung der Eigenverwaltung unter anderem die Aufgaben, die wirtschaftliche Lage des Schuldners und dessen Geschäftsführung zu prüfen sowie seine Ausgaben für die private Lebensführung zu überwachen⁴⁷³. Der Gesetzgeber vertrat die Auffassung⁴⁷⁴, dass, unter Beibehaltung der schuldnerseitigen Verwaltungs- und Verfügungsmacht, die Möglichkeit der Anordnung einer Eigenverwaltung Anreize für eine frühzeitigere Antragstellung⁴⁷⁵ böte. Zudem könnte auf vorhandene Erfahrungen und Kenntnisse der beteiligten Geschäftsführung zurückgegriffen werden, was letztlich auch Kosteneinsparungspotenziale im Hinblick auf den nicht notwendigerweise einzusetzenden Insolvenzverwalter zur Folge hätte. Unter gewissen Voraussetzungen könnte somit der Mehrwert der Eigenverwaltung gerade in der Chance einer signifikanten Reduktion der Verfahrenskosten liegen, da als Folge hieraus die Ersparnis dem unter Eigenverwaltung stehenden Unternehmen bei der Sanierung zu Gute käme⁴⁷⁶.

⁴⁷² Zerres, Aufsatz, 2001.

⁴⁷³ § 274 Abs. 1 Satz 2 InsO.

⁴⁷⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 222 f.

⁴⁷⁵ Häsemeyer, 1998, S. 153.

⁴⁷⁶ Zerres, Aufsatz, 2001.

2.4.1.5. Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach §§ 21 f. InsO

Eine zusätzliche direkt gegen die Verfahrensabweisung mangels Masse gerichtete Maßnahme lag auch in der Möglichkeit, die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen des Schuldners gemäß § 21 InsO anzuordnen. Das Insolvenzgericht hat nunmehr die Aufgabe, zwischen dem Zeitraum der Antragstellung und dem Erlass des Eröffnungs- bzw. Abweisungsbeschlusses vorläufige Maßnahmen zur Sicherung des Schuldnervermögens zu treffen. Diese dienen vor allen Dingen dazu, die gegenwärtige Masse vor Manipulationen zu schützen und insofern eine nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Wird im Rahmen der gerichtsseitig zu ergreifenden Sicherungsmaßnahmen ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingesetzt und gleichzeitig dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, spricht man von einem so genannten „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter. Sind jedoch die Verfügungen des Schuldners durch den vorläufigen Insolvenzverwalter lediglich zustimmungspflichtig und unterliegen keinem Verfügungsverbot, spricht

man von einem so genannten „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter⁴⁷⁷.

Verbindlichkeiten (auch aus Dauerschuldverhältnissen), die von einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter begründet werden, gelten nach Eröffnung des Verfahrens als so genannte Masseverbindlichkeiten⁴⁷⁸. Gleiches gilt für die im Rahmen einer vorläufigen Insolvenzverwaltung beantragten Massekredite; sie werden ebenfalls als Masseverbindlichkeiten qualifiziert. Dies hat zur Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren für Masseverbindlichkeiten, die durch ihn begründet wurden, dem Massegläubiger zum Schadenersatz verpflichtet ist, sofern die Masseschuld nicht voll aus der Insolvenzmasse bedient werden kann⁴⁷⁹. Obgleich dieses Instrumentarium die Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen eines vorläufigen Insolvenzverfahrens nachhaltig zu unterstreichen vermag, darf jedoch nicht verkannt werden, dass die Rechtswirklichkeit eine andere ist: Der in der Praxis häufigste Fall⁴⁸⁰ ist die gerichtliche Anordnung, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzver-

⁴⁷⁷ § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

⁴⁷⁸ § 55 Abs. 2 InsO.

⁴⁷⁹ § 61 InsO.

⁴⁸⁰ Dannecker/Knierim/Hagemeier, 2012, S. 1177 ff.

walters, in diesem Fall des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters, möglich sind.

2.4.2. Abwendung von Verfahrenseinstellungen und Sicherstellung einer hohen Verteilungsmasse

Bei der Frage nach geeigneten Maßnahmen, die einerseits eine Verfahrensabweisung abwenden, andererseits aber auch eine hohe Verteilungsmasse sicherstellen sollen, kamen insbesondere die im Folgenden dargestellten Maßnahmen in Betracht:

2.4.2.1. Sonstige Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO

Dem Reformziel, gegen die Massearmut gerichtete Maßnahmen zu ergreifen, lag die Überlegung zugrunde, einmal eröffnete Verfahren möglichst nicht wieder einstellen zu müssen und eine denkbar hohe Verteilungsmasse zu generieren. In diesem Zusammenhang wurden zunächst die Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO neu strukturiert. Hier ist insbesondere die Behandlung der Ansprüche aus Arbeits- und Nutzungsverträgen hervorzuheben, die vor Eröffnung des Insol-

venzverfahrens begründet wurden. Sie werden nur dann als Masseverbindlichkeiten umqualifiziert, wenn der „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter die Gegenleistung während einer vorläufigen Insolvenzverwaltung in Anspruch genommen hat bzw. in Anspruch nehmen musste⁴⁸¹. Masseverbindlichkeiten sind auch Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen, für die der Verwalter nach Verfahrenseröffnung die Erfüllung gemäß § 103 ff. InsO gewählt hat. Zudem sind bei gegenseitigen Verträgen, die nicht durch Nichterfüllungswahl, sondern nur durch Kündigung beendet werden können (Miet- und Arbeitsverträge), auch die Zahlungen bis zum Kündigungszeitpunkt aus der Masse zu leisten.

Das Vorrecht der Arbeitnehmer gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO wurde abgeschafft. Als Äquivalent erhalten die Arbeitnehmer stattdessen Insolvenzgeld für die letzten drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzgeld nach §§ 183 ff. SGB III, das auch die Sozialversicherungsbeiträge umfasst, stellt somit einen Sanierungsbeitrag des Staates bei der gerichtlichen Sanierung dar. Es wird für einen Zeitraum von maximal drei Monaten bezahlt. Dieser Zeitraum umfasst

⁴⁸¹ § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

gemäß § 183 Abs. 1 SGB III grundsätzlich die drei Monate vor dem Eröffnungs- oder Abweisungsbeschluss durch das Insolvenzgericht. Bestehen unternehmensseitig keine fälligen Lohn- und Gehaltsverbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung, kann der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung das schuldnerische Unternehmen für maximal drei Monate kostenneutral, bezogen auf die fällig werdenden Löhne und Gehälter, fortführen. Die Bundesagentur für Arbeit stimmt der Vorfinanzierung unter der Voraussetzung zu, dass der Geschäftsbetrieb fortgeführt wird, ein Erwerberkonzept vorliegt und der Erhalt der Arbeitsplätze größtenteils sichergestellt werden kann. Das bezahlte Insolvenzgeld stellt eine Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO dar und steht der Bundesagentur für Arbeit im Umfang der Gewährung zu⁴⁸².

2.4.2.2. Begriff der Insolvenzmasse gemäß § 35 InsO

Ebenfalls eine gegen die Massearmut gerichtete Maßnahme war die neue Auslegung des Begriffs der Insolvenzmasse. Gemäß § 35 InsO erfasst nunmehr das Insolvenzverfahren

⁴⁸² Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 121.

das gesamte Vermögen des Schuldners, das diesem zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Dieser Neugestaltung lag die Absicht zugrunde, eine Masseanreicherung durch Einbeziehung des so genannten Neuerwerbs zu erreichen, d.h. abweichend vom früheren Recht ist auch dasjenige Vermögen, das der Schuldner während des laufenden Insolvenzverfahrens erwirbt, der Insolvenzmasse zuzuführen. Als eine die Masseanreicherung unterstützende Maßnahme bestimmt § 114 Abs. 3 InsO, dass anhängige Lohnpfändungen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam werden, wohingegen laufende Lohnabtretungen gemäß § 114 Abs. 1 InsO erst nach drei Jahren ihre Wirkung verlieren⁴⁸³.

2.4.2.3. Insolvenzanzfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO

Als weitere gegen die Massearmut gerichtete Maßnahme diente außerdem die Verschärfung des Anfechtungsrechts gemäß §§ 129 ff. InsO. Als Folge eines einheitlichen Insolvenzrechts und abweichend vom bisherigen Vergleichsrecht ist die Anfechtung nunmehr auch zur Vorbereitung einer pri-

⁴⁸³ Bork, 2003, Einführung, S. XIV.

vatautonomer Lösung möglich, beispielsweise im Wege eines Insolvenzplanverfahrens. Erleichterung erfuhr die neue Regelung dadurch, dass auf subjektive Tatbestandsmerkmale verzichtet oder zumindest deren Nachweisbarkeit erleichtert wurde⁴⁸⁴. So ist die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, des Eröffnungsantrags oder der Benachteiligung von Insolvenzgläubigern der Kenntnis von Umständen gleichzusetzen, die zwingend auf diese Tatbestandsmerkmale schließen lassen⁴⁸⁵. Überdies wurden die Kenntnis und das Wissen tatbestandsrelevanter Umstände auch bei „nahestehenden Personen“ vermutet⁴⁸⁶. Zu diesem Personenkreis zählen Ehegatten, Lebenspartner, Verwandte und Personen, die mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft leben; bei juristischen Personen vor allem die Organmitglieder sowie Gesellschafter mit einer Sperrminorität⁴⁸⁷.

Im Rahmen der zu überprüfenden Anfechtungsansprüche ist nunmehr auch der Krisenbegriff, inhaltlich wie zeitlich, von großer Bedeutung. Die Krise im betriebswirtschaftlichen Sinn bezeichnet die Notsituation eines Unternehmens. Sie stellt

⁴⁸⁴

Ebd.

⁴⁸⁵

§§ 130 Abs. 2, 131 Abs. 2 InsO.

⁴⁸⁶

§§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 InsO.

⁴⁸⁷

§ 138 InsO.

einen unternehmensseitig ungewollten Prozess dar, in dessen Verlauf sich die Erfolgspotenziale, das Reinvermögen und/oder die Liquidität des Unternehmens so ungünstig entwickelt haben, dass dessen Existenz bedroht ist⁴⁸⁸. Hieraus ableitbare Anfechtungspotenziale, die sich in einer retrospektiven Betrachtung an dem Zeitpunkt der eingetretenen Krise ausrichten, werden einheitlich nur noch nach dem Eröffnungsantrag berechnet und können je nach Anfechtungsgrund unterschiedlich lang sein⁴⁸⁹. Mithin sind in diesem Zusammenhang die jeweiligen Insolvenzantragsgründe Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit unerheblich, vielmehr steht der Zeitpunkt des Eintritts der Krise im Vordergrund der Ermittlung. Anfechtungsansprüche, die sich auf die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder die Stellung von gesellschafterseitigen Sicherheiten beziehen, machen eine krisenbezogene Zeitpunktbestimmung obsolet, da die Rückführung bzw. Sicherheitengewährung immer dann anfechtbar ist, wenn sie im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist⁴⁹⁰. Die Verjährung des Anfechtungsanspruchs richtet sich nach den Regelungen über die

⁴⁸⁸ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 5.

⁴⁸⁹ Bork, 2003, Einführung, S. XIV.

⁴⁹⁰ §135 Abs. 1 InsO.

regelmäßige Verjährung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gemäß §§ 195 ff. BGB⁴⁹¹. Die Aufrechnung ist dann unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger die Aufrechnungslage durch eine anfechtbare Rechtshandlung herbeigeführt hat⁴⁹².

2.4.2.4. Einbeziehung gesicherter Gläubiger

Eine andere gegen die Massearmut gerichtete Maßnahme bildete die Einbeziehung der gesicherten Gläubiger in das einheitliche Insolvenzverfahren. In erster Linie geschah dies, wie bereits dargestellt, durch die Nichtigkeit des Konzernvorbehalts gemäß § 455 Abs. 2 BGB a. F.⁴⁹³. Überdies werden nunmehr auch die durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erlangten Pfändungspfandrechte an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners, die einen Monat vor Insolvenzantragstellung oder nach diesem Antrag erlangt werden, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens qua Gesetz unwirksam (so genannte „Rückschlagsperre“)⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ § 146 InsO.

⁴⁹² § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

⁴⁹³ Dazu näher oben: C. II. 2.2.3. (Wegfall des „Konzernvorbehalts“ gemäß § 455 Abs. 2 BGB a. F.).

⁴⁹⁴ § 88 InsO, § 89 InsO.

2.4.2.5. Verwertung beweglicher Gegenstände gemäß §§ 166 ff. InsO

Mit der Einbeziehung der gesicherten Gläubiger in das einheitliche Insolvenzverfahren dürfen nunmehr die absonderungsberechtigten Gläubiger gemäß §§ 166 ff. InsO ihr Sicherungsgut grundsätzlich nicht mehr in Eigenregie verwerten. Vielmehr kann der Insolvenzverwalter eine mit einem Absonderungsrecht belegte bewegliche Sache freihändig veräußern, wenn er das Sicherungsgut in seinem Besitz hat⁴⁹⁵. Grundsätzlich ist diese Konstellation aber nur bei Sicherungsübereignungen gegeben, nicht aber bei Verpfändungen, da die Pfandgläubiger im Regelfall im Besitz der verpfändeten Gegenstände sind⁴⁹⁶. Die freihändige Verwertung gilt auch für Sicherungsabtretungen. Demnach darf der Insolvenzverwalter Forderungen, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten⁴⁹⁷. Nach der Veräußerung einer beweglichen Sache oder einer Forderung durch den Insolvenzverwalter sind aus dem erzielten Verwertungserlös die Feststellungs- und Verwertungskosten vorweg

⁴⁹⁵ § 166 Abs. 1 InsO.

⁴⁹⁶ Bork, 2003, Einführung, S. XV.

⁴⁹⁷ § 166 Abs. 2 InsO.

für die Insolvenzmasse zu entnehmen. Die verbleibende Residualgröße ist unverzüglich an die absonderungsberechtigten Gläubiger auszukehren⁴⁹⁸. Die Feststellungskosten umfassen die Kosten für die tatsächliche Feststellung des Wertes des Gegenstands und der Rechte daran. Sie sind pauschal mit 4 % des Verwertungserlöses (Brutto) anzusetzen, die Verwertungskosten pauschal mit 5 %. Gleiches gilt für eine etwaig auf die Veräußerungserlöse anfallende Umsatzsteuerbelastung. Diese ist ebenso vorab an die Masse abzuführen⁴⁹⁹. Die vorstehend beschriebenen Kostenbeiträge dürfen entsprechend der Vorstellung des Gesetzgebers bei der Bemessung des Wertes von Sicherheiten berücksichtigt werden⁵⁰⁰.

Solange jedoch ein mit Rechten Dritter belegter Vermögensgegenstand, zu dessen Verwertung der Insolvenzverwalter gemäß § 166 InsO berechtigt ist, nicht veräußert wird, ist dem Gläubiger vom Berichtstermin an - in der Regel bis zu drei Monate nach Insolvenzeröffnung - eine „Nutzungsentschädigung“ in Höhe der auf die Forderung geschuldeten Zinsen aus

⁴⁹⁸ § 170 Abs. 1 InsO.

⁴⁹⁹ § 171 InsO.

⁵⁰⁰ BGH, Beschluss vom 27.11.1997, GSZ 1 u. 2/97, BB 1998, S. 438, im Zusammenhang mit Bürgschaft - Freigabeanspruch bei sittenwidriger Übersicherung.

der Insolvenzmasse zu zahlen⁵⁰¹. Obgleich die grundsätzliche Verwertungshoheit bei Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen beim Insolvenzverwalter liegt, hat dies keinerlei Auswirkungen auf das Stimmrecht der absonderungsberechtigten Gläubiger. In der Gläubigerversammlung sind sie mit der vollen Forderungssumme stimmberechtigt, unbeschadet der tatsächlichen Ausfallhöhe⁵⁰². Die Sicherungsrechte der Gläubiger bleiben wertmäßig erhalten, lediglich die Möglichkeit der Verwertung wird ihnen genommen. Dem Insolvenzverwalter soll so die Chance eingeräumt werden, das Sicherungsgut im Rahmen einer Betriebsfortführung weiterhin nutzen zu können, um den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten.

2.4.2.6. Besonders bedeutsame Rechtshandlungen gemäß § 160 InsO

Schließlich wurde noch als gegen die Massearmut gerichtete Maßnahme die Zustimmungspflichtigkeit bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen geregelt. Zustimmungspflichtig ist insbesondere die übertragende Sanierung gemäß § 160 Abs. 2 InsO. Die übertragende Sanierung (so genannter „As-

⁵⁰¹ § 169 InsO.

⁵⁰² Bork, 2003, Einführung, S. XV.

set Deal“)⁵⁰³ ist die am häufigsten anzutreffende Form, mit der aus Insolvenzverfahren heraus vom Insolvenzverwalter Vermögensgegenstände des Schuldners an einen Investor übertragen werden. Die Verbindlichkeiten verbleiben beim Veräußerer bzw. beim schuldnerischen Unternehmen. Folglich können ganze Unternehmen oder Teile desselben erhalten werden, indem die Geschäftstätigkeit auf einen neuen Rechtsträger übertragen wird⁵⁰⁴. Der hieraus erzielbare Verkaufserlös fließt der Masse zu und wird zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger verwendet⁵⁰⁵. Die Vorteilhaftigkeit dieser Form der Masseanreicherung liegt darin begründet, dass Kosten, Dauer und Liquidität definiert sind⁵⁰⁶. Obgleich im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, so strebte der Gesetzgeber im Zuge der Kaufpreisermittlung bei übertragenden Sanierungen die Erzielung eines korrekten Markt- bzw. Fortführungspreises an⁵⁰⁷. Als gesetzseitiges Regulativ zur Abgabe oder zum Nachweis marktadäquater Kaufpreisangebote ist hierzu nunmehr gemäß § 160 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzu-

⁵⁰³ Bauer, 2008, S. 284.

⁵⁰⁴ Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 127.

⁵⁰⁵ Schmeisser/Bretz/Kessler/Krimphove, 2004, S. 235.

⁵⁰⁶ Schmeisser/Bretz/Kessler/Krimphove, 2004, S. 250.

⁵⁰⁷ Bork, 2003, Einführung, S. XV.

holen, und, ist dieser nicht bestellt, die Zustimmung der Gläubigerversammlung.

2.5. Stärkung der Gläubigerautonomie

Eine weitere Akzentuierung der Insolvenzrechtsreform lag auf einer Stärkung der Gläubigerautonomie. Dies geschah durch den Ausbau und die Erweiterung der Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte für Gläubiger innerhalb eines Insolvenzverfahrens. Dabei wurden gleichlaufend zwei Bereiche angesprochen: Zum einen die Erhöhung der Mitspracherechte für Gläubiger und damit einhergehend deren gleichzeitige Kompetenzstärkung sowie zum anderen die Implementierung des Insolvenzplanverfahrens als wesentliches Novum der Insolvenzrechtsreform⁵⁰⁸.

2.5.1. Erweiterte Mitspracherechte

Im Zusammenhang mit den Mitspracherechten ist zunächst darzulegen, dass die Insolvenzordnung die Gläubiger im Rahmen ihrer innerhalb eines Insolvenzverfahrens zuzuwei-

⁵⁰⁸ Bork, 2003, Einführung, S. XVI.

senden Stellung sachlich und verfahrenstechnisch klassifiziert: Demnach ist zu unterscheiden zwischen aussonderungsberechtigten⁵⁰⁹ und absonderungsberechtigten Gläubigern⁵¹⁰, zwischen Massegläubigern⁵¹¹, nicht nachrangigen⁵¹² und nachrangigen Insolvenzgläubigern⁵¹³. Mitsprache- und Mitwirkungsrechte haben im Gefüge der Verfahrensgestaltung nur die am Insolvenzverfahren teilnehmenden Inhaber werthaltiger Rechte. Dazu gehören die absonderungsberechtigten ebenso wie die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger sowie mit Abstrichen, hinsichtlich der Privilegierung innerhalb der Gläubigerstruktur, auch die nachrangigen Gläubiger. Die mit einem Aussonderungsrecht ausgestatteten Gläubiger nehmen an dem Insolvenzverfahren nicht teil. Können diese geltend machen, dass aufgrund eines dinglichen oder persönlichen Rechts Vermögensgegenstände nicht zur Insolvenzmasse gehören, kann deren Herausgabe respektive Aussonderung verlangt werden. Der Anspruchsteller ist insoweit kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Herausgabe des Vermögensgegenstands bestimmt sich nach Gesetzen, die außer-

⁵⁰⁹ § 47 InsO.

⁵¹⁰ §§ 49 ff. InsO.

⁵¹¹ §§ 53 ff. InsO.

⁵¹² § 38 InsO.

⁵¹³ § 39 InsO.

halb des Insolvenzverfahrens gelten⁵¹⁴. Massegläubiger sind ebenfalls keine Insolvenzgläubiger, da deren vermögensrechtliche Ansprüche erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, so dass diese aus der Masse vorweg befriedigt werden müssen. Mitspracherechte entstehen für Massegläubiger nur nach einer entstandenen Masseunzulänglichkeit; sie treten dann an die Stelle der ungesicherten Gläubiger⁵¹⁵.

Die gesetzgeberseitige Intention einer Stärkung der Gläubigerautonomie kraft erweiterter Mitsprache- und Mitwirkungsrechte findet nunmehr ihre Umsetzung in den Gremien der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses. Die Gläubigerversammlung nimmt die gemeinsamen Interessen der Gläubiger sowie deren Rechte gegenüber dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter und dem Insolvenzschuldner wahr. Das Insolvenzgericht beruft die Gläubigerversammlung ein und leitet sie. Zur Teilnahme sind neben den absonderungsberechtigten Gläubigern und Insolvenzgläubigern auch der Insolvenzverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses sowie der Insolvenzschuldner berechtigt⁵¹⁶. Obendrein

⁵¹⁴ § 47 InsO.

⁵¹⁵ Bork, 2003, Einführung, S. XVI.

⁵¹⁶ § 74 Abs. 1 InsO.

kann von der Gläubigerversammlung noch ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden. Dieser hat den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu überwachen und zu unterstützen⁵¹⁷. Der personell ausgewogenen Zusammensetzung des Gläubigerausschusses soll mit Verweis auf die besicherten Gläubiger einerseits und die höchsten Forderungen bzw. die dahinter stehenden Gläubiger andererseits Rechnung getragen werden, wobei aus paritätischen Überlegungen heraus auch Kleingläubiger vertreten sein sollen. Dem Ausschuss soll ebenfalls ein Vertreter der Arbeitnehmerschaft angehören, wenn die Arbeitnehmer als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind⁵¹⁸. Dies wird im Allgemeinen immer dann anzunehmen sein, wenn im Rahmen einer vorläufigen Insolvenzverwaltung Insolvenzgeld durch den vorläufigen Insolvenzverwalter für eine beabsichtigte Betriebsfortführung beantragt wird. Insofern sind Vertreter der Bundesagentur für Arbeit in Funktion von Arbeitnehmervertretern häufig integraler Bestandteil des Gläubigerausschusses⁵¹⁹. Beide Gremien, die Gläubigerversammlung und der Gläubigerausschuss, treten für ein Mehr an Mitbestimmung ein und

⁵¹⁷ § 69 InsO.

⁵¹⁸ § 67 Abs. 2 InsO.

⁵¹⁹ Beispielsweise bei den Insolvenzverfahren der Karstadt AG, BenQ Mobile, Kampa AG, Märklin Holding GmbH etc.

spiegeln in ihrer synergetischen Zusammensetzung die Ausgewogenheit und Interessenvielfalt innerhalb dieser Gremien wider. In Fragen der Kompetenzreichweite ist die Gläubigerversammlung jedoch im direkten Vergleich mit dem Gläubigerausschuss das gewichtigere beider Gremien, da innerhalb der Versammlung überhaupt erst der Beschluss gefasst wird, ob und inwieweit ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden soll. Überdies bedürfen die durch den Insolvenzverwalter und/oder das Insolvenzgericht bestellten Mitglieder des Gläubigerausschusses der Zustimmung der Gläubigerversammlung⁵²⁰. Die Befugnisse dieses Gremiums gehen so weit, dass die Gläubiger im Rahmen der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, an dessen Stelle eine andere, jedoch fachlich geeignete Person wählen können⁵²¹. Die unterstellbare Sachverständigkeit der Gläubigerversammlung, im Hinblick auf deren ureigenste Interessen nach einer bestmöglichen Befriedigung der ausfallbedrohten Forderungen, befähigen diese ferner auch, über den Fortgang des Verfahrens zu entscheiden. So beschließt die Gläubigerversammlung im Berichtstermin über die Dauer und Zulässigkeit von Betriebsfortführungen und Sanierungsbemü-

⁵²⁰ § 68 InsO.

⁵²¹ § 57 Abs. 1 InsO.

hungen des schuldnerischen Unternehmens sowie über die Beauftragung des Insolvenzverwalters mit der Erstellung eines Insolvenzplans⁵²².

2.5.2. Insolvenzplanverfahren gemäß § 217 ff. InsO

Der Insolvenzplan war eine der wesentlichsten Neuerungen der Insolvenzrechtsreform. Die essentiellen Neuerungen waren primär darin zu sehen, dass dem Schuldner im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens ein Mehr an verfahrensrechtlichen Befugnissen zur Entschuldung eingeräumt wurde⁵²³. Insofern bildet der Insolvenzplan einen flexiblen Rechtsrahmen für eine einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz. Die neu geschaffenen Befugnisse sind weiter reichend als die im ehemaligen Vergleichsrecht geregelten Möglichkeiten. Demzufolge kennt das neue Recht, im Gegensatz zum § 7 Abs. 1 Satz 2 VglO, keine Vorgabe für eine zu erreichende Mindestquote⁵²⁴. Sanierungen im Wege eines Insolvenzplanverfahrens sind nunmehr, dank der vielfältigen Ausgestaltungsformen, verfahrenstechnisch unter Effektivitäts- und Effizienzgesichts-

⁵²² § 157 InsO.

⁵²³ Buth/Hermanns, 2004, S. 99.

⁵²⁴ Bork, 2003, Einführung, S. XVI.

punkten denk- und umsetzbar. Diese Sanierungsmöglichkeiten waren im früheren Vergleichsrecht nur in einer Kombination von gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen möglich. Die Entschuldung eines Schuldners sah im Rahmen eines Vergleichsverfahrens nach der Vergleichsordnung keine Fortführung des Geschäftsbetriebs vor. Die Implementierung des Insolvenzplanverfahrens führt nun dazu, dass erstmals im deutschen Insolvenzrecht neben den bereits bekannten Verwertungsformen der Liquidation und der übertragenden Sanierung ein Verfahren zur Reorganisation des in der Krise befindlichen Unternehmens selbst zur Verfügung gestellt wird⁵²⁵.

Modellfunktion und Vorbildcharakter für das Insolvenzplanverfahren hatte das US-amerikanische Konkursverfahren, das Plan- und Reorganisationsansätze enthält. Auf der Grundlage von Chapter 11 des Bankruptcy Code (BC)⁵²⁶ werden nach US-amerikanischem Recht Reorganisations- und Planverfahren durchgeführt. Das Chapter 11 Verfahren ist eine eigenständige Verfahrensart, wohingegen das Insolvenzplanverfah-

⁵²⁵ Buth/Hermanns, 2004, S. 99.

⁵²⁶ Chapter 11 ist ein Abschnitt des Insolvenzrechts der Vereinigten Staaten (Bankruptcy Code). Der Begriff bezeichnet in der angelsächsischen Finanz- und Rechtssprache die Insolvenz eines Unternehmens; vgl. hierzu: Novikoff, 1983; vgl. hierzu: Broude, 1986.

ren nur eine Verwertungsform unter anderen ist und als solches kein eigen- und selbstständiges Insolvenzverfahren. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass bei einem mangels Masse abgewiesenen Insolvenzverfahren auch kein Insolvenzplanverfahren durchgeführt werden kann⁵²⁷. Der Gesetzgeber intendierte mit der Konzeptionierung des Insolvenzplans die Verbesserung der Chancen einer erfolgreichen Sanierung im gerichtlichen Insolvenzverfahren⁵²⁸. Insofern wurde das Insolvenzplanverfahren für jede Art der Verwertung verfügbar gemacht. Demgemäß kann dieses Instrumentarium sowohl für die Fortführung des in der Krise befindlichen Unternehmens unter Beibehaltung des Rechtsträgers, im Rahmen von übertragenden Sanierungen als auch für Liquidationen genutzt werden⁵²⁹.

„Der Insolvenzplan ist eine interdisziplinäre Gestaltungsaufgabe mit spezifisch verfahrensrechtlicher und planerischer Anordnung“⁵³⁰. Im Grundsatz regelt er die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung

⁵²⁷ Uhlenbruck, 2003, S. 2557.

⁵²⁸ Buth/Hermanns, 2004, S. 100.

⁵²⁹ Uhlenbruck, 2003, S. 2558.

⁵³⁰ Schmeisser/Bretz/Kessler/Krimphove, 2004, S. 204.

an die Beteiligten sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens, wobei all diese Obliegenheiten innerhalb eines Insolvenzplans abweichend von den Vorschriften des Gesetzes geregelt werden können⁵³¹. Diese Grundsätzlichkeit verhilft den Gläubigern im Rahmen ihrer Eingebundenheit innerhalb des Insolvenzplanverfahrens zu einer größeren Autonomie mit der Zielsetzung, die vermögensrechtliche Stellung der Beteiligten zu verbessern. Das Initiativrecht liegt beim Schuldner und beim Insolvenzverwalter, d.h. nur diese sind zur Vorlage eines Insolvenzplans an das Insolvenzgericht berechtigt⁵³². Liegt die Planinitiative beim Insolvenzverwalter, so wirken neben dem Gläubigerausschuss, wenn dieser bestellt ist, der Betriebsrat, der Sprecherausschuss der leitenden Angestellten sowie der Schuldner beratend mit⁵³³.

Der Insolvenzplan beinhaltet einen darstellenden und einen gestaltenden Teil nebst den dazugehörigen Anlagen⁵³⁴. Während die Planinitiatoren im Aufbau und Inhalt des darstellenden Teils über hohe Freiheitsgrade verfügen, ist die Ausarbei-

⁵³¹ § 217 InsO.

⁵³² § 218 Abs. 1 InsO.

⁵³³ § 218 Abs. 3 InsO.

⁵³⁴ § 219 InsO.

tung des gestaltenden Teils eher restriktiver Natur⁵³⁵. Der darstellende Teil des Insolvenzplans gibt in einer retrospektiven Betrachtung Einblick über den bisherigen wirtschaftlichen Verlauf des schuldnerischen Unternehmens sowie die Gründe, die zur Notsituation desselben geführt haben. Er beschreibt, welche Sanierungsmaßnahmen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits getroffen und umgesetzt wurden, und stellt prospektiv dar, welche noch getroffen werden sollen bzw. müssen, um eine Grundlage für die geplante Gestaltung der Rechte der Beteiligten zu schaffen⁵³⁶. Zudem enthält der darstellende Teil alle sonstigen Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans, die im Rahmen der Entscheidungsfindung der Gläubiger über die Zustimmung zum Plan für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind⁵³⁷. Insofern erfordert der darstellende Teil des Insolvenzplans richtungweisende Informationen bzw. Alternativvorschläge und Vergleichsrechnungen, die den Gläubigern ein sachgerechtes Urteil, gemessen an deren eigenen Interessen, erlauben⁵³⁸. Der gestaltende Teil des Insolvenzplans legt hingegen fest, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geän-

⁵³⁵ Möhlmann-Mahlau, 2005, S. 128.

⁵³⁶ § 220 Abs. 1 InsO.

⁵³⁷ § 220 Abs. 2 InsO.

⁵³⁸ Eidenmüller, 1999, S. 59; Uhlenbruck, BB 1998, S. 2018.

dert werden soll⁵³⁹, denn die Fortführung eines Unternehmens im Wege eines Insolvenzplanverfahrens - ausgenommen der Liquidationsplan - ist nur dann sinnvoll, wenn die Verbindlichkeiten so umgestaltet werden können, dass dadurch die finanzwirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Sanierung geschaffen werden. Die Bereinigung der Passivseite der Bilanz des schuldnerischen Unternehmens setzt insofern stets Sanierungsbeiträge der Gläubiger voraus⁵⁴⁰. Der gestaltende Teil klärt somit vornehmlich die Fragen, welche Forderungen beispielsweise voll oder nur zum Teil erfüllt, welche gestundet und welche komplett wertberichtigt bzw. erlassen werden sollen⁵⁴¹. Als weitere rechtsgestaltende Maßnahmen schuldrechtlicher Art kommen noch die Rangrücktritte und Kapitalzufuhrmaßnahmen der Gläubigergesellschafter sowie die Patronats-erklärungen in Betracht. Die Änderungen innerhalb des darstellenden Teils können aber auch sachenrechtlicher Natur sein. Dies bedeutet, dass es zu Begründungen, Änderungen, Übertragungen oder Aufhebungen von Rechten an Gegenständen kommen kann⁵⁴². Da hierdurch die Möglichkeit gegeben ist, in die Rechte des Schuldners, der absonderungsbe-

⁵³⁹ § 221 InsO.

⁵⁴⁰ Warrikoff, KTS 1997, 527 ff.

⁵⁴¹ Bork, 2003, Einführung, S. XVI.

⁵⁴² Buth/Hermanns, 2004, S. 102.

berechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger einzugreifen⁵⁴³, wird der darstellende Teil nach Bestätigung des Insolvenzplans vollstreckbar, d.h. er entfaltet volle Rechtsverbindlichkeit und wirkt wie ein Urteil⁵⁴⁴. Im Gegensatz zum eher aufklärenden Charakter des darstellenden Teils des Insolvenzplans enthält der gestaltende Teil die Rechtsänderungen, die durch den Plan realisiert werden sollen⁵⁴⁵. Dies bedeutet, dass er detailliert Auskunft darüber geben muss, wie in die Rechte der Verfahrensbeteiligten bei der Umsetzung des Insolvenzplans eingegriffen werden wird⁵⁴⁶.

Als Regelungsgrundlage muss der Insolvenzplan legitimiert werden. Dies setzt die Bildung von Abstimmungsgruppen voraus. Stimmberechtigt sind nur diejenigen Gläubiger, deren Rechte vom Plan berührt werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass all jene Gläubiger, die durch den Insolvenzplan nicht beeinträchtigt werden, kein Stimmrecht haben⁵⁴⁷. Bei der Zuordnung und Festlegung der Rechte der Beteiligten sind entsprechend ihrer jeweiligen Rechtsstellung Gläubigergrup-

⁵⁴³ § 217 InsO.

⁵⁴⁴ Möhlmann- Mahlau, 2005, S. 128.

⁵⁴⁵ Uhlenbruck, 2003, S. 2581.

⁵⁴⁶ Möhlmann- Mahlau, 2005, S. 128.

⁵⁴⁷ § 237 Abs. 2 InsO.

pen zu bilden. Diese Abstimmungsgruppen werden so aufgeteilt, dass je eine eigenständige Gruppe für die absonderungsberechtigten Gläubiger, für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger, für die einzelnen Rangklassen der nachrangigen Gläubiger, soweit deren Forderungen nicht nach § 225 InsO erlassen werden sollen, und für die Gruppe der Arbeitnehmer, wenn diese mit erheblichen Forderungen beteiligt sind, gebildet wird⁵⁴⁸. Innerhalb dieser die Rechtsstellung der Gläubiger fokussierenden, obligatorischen Gruppenzuordnung können weitere Gruppierungen fakultativ hinsichtlich der ökonomischen Ausrichtung gebildet werden⁵⁴⁹. Gläubiger mit gleichartigen wirtschaftlichen Interessen, beispielsweise Finanz- oder Fiskalgläubiger, können so als fakultative Gruppen innerhalb der obligatorischen Gruppe zusammengefasst werden. Voraussetzung hierfür sind die im Plan deutlich erkennbaren sachlichen Abgrenzungskriterien voneinander⁵⁵⁰. Die mit dieser Form der Differenzierung verbundene größtmögliche Flexibilität leistet dem Ziel nach einer wirtschaftlich optimalen Masseverwertung Vorschub⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ § 222 InsO.

⁵⁴⁹ Uhlenbruck, 2003, S. 2586.

⁵⁵⁰ § 222 Abs. 2 InsO.

⁵⁵¹ Allg Begr RegE, vgl. hierzu: Balz/Landfermann, 1995, S. 34.

Die Abstimmung der stimmberechtigten Gläubiger über den Insolvenzplan erfolgt gesondert in den jeweiligen Gruppen⁵⁵². Der Insolvenzplan gilt als angenommen, wenn in jeder Gruppe die Mehrheit der abstimmungsberechtigten Gläubiger dem Plan zustimmt und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Summe der Ansprüche der abstimmenden Gläubiger beträgt, d.h. wenn in jeder Gruppe die Kopf- und Summenmehrheit erreicht ist⁵⁵³. Da alle Gruppen zustimmen müssen, besteht die Gefahr, dass einzelne Gläubigergruppen aus taktischen Erwägungen heraus versuchen könnten, einen Insolvenzplan zu verhindern, obgleich dieser wirtschaftlich sinnvoll ist. In dieser Verweigerung bzw. der Nichtzustimmung kann ein intendierter Missbrauch des Zustimmungserfordernisses liegen mit der Zielsetzung, den Plan zu vereiteln. Bei missbräuchlichem Verhalten kann jedoch die Zustimmung einer Gläubigergruppe über das Rechtsinstitut des Obstruktionsverbots durch das Gericht ersetzt werden⁵⁵⁴. Demnach gilt die Zustimmung, auch bei Nichterreichung der erforderlichen Mehrheiten, als erteilt, wenn die Gläubiger der betreffenden Gruppe durch den Insolvenzplan

⁵⁵² § 243 InsO.

⁵⁵³ § 244 Abs. 1 InsO.

⁵⁵⁴ Buth/Hermanns, 2004, S. 105.

voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne den Plan stünden (Werterhaltungsprinzip), diese Gläubiger angemessen am wirtschaftlichen Erfolg beteiligt werden (Gleichbehandlungsgrundsatz) und die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt haben⁵⁵⁵. Die vorbenannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Nach Auffassung der Entwurfsbegründung gibt es nach Erfüllung dieser Bedingungen typischerweise keinen vernünftigen Grund, gegen den Insolvenzplan zu opponieren⁵⁵⁶. Diese Vorschrift verfolgt damit das Ziel, missbräuchliches Abstimmungsverhalten zu sanktionieren⁵⁵⁷. Das Obstruktionsverbot soll somit verhindern, dass ein Insolvenzplan durch das negative Votum einer Gläubigergruppe blockiert wird, obgleich er insgesamt mindestens äquivalente oder bessere Ergebnisse ermöglicht als die Liquidation in der Regelabwicklung⁵⁵⁸. Dessen ungeachtet besteht gleichwohl ein Schutz für überstimmte Minderheiten. Dieser wird dadurch gewährleistet, dass derjenige, der durch den Plan schlechter gestellt wird, als er ohne Plan stünde, diesem widersprechen

⁵⁵⁵ § 245 Abs. 1 InsO.

⁵⁵⁶ Begr zu § 290 RegE InsO, vgl. hierzu: Balz/Landfermann, 1995, S. 361.

⁵⁵⁷ Ebd.

⁵⁵⁸ Uhlenbruck, 2003, S. 2636.

und dadurch die gerichtliche Bestätigung verhindern kann⁵⁵⁹. Voraussetzung hierfür ist die Glaubhaftmachung der Schlechterstellung⁵⁶⁰. Der Insolvenzplan bedarf auch noch der Zustimmung des Schuldners⁵⁶¹.

Nach der Annahme des Insolvenzplans durch die Gläubiger und der Zustimmung des Schuldners erfordert der Plan noch die gerichtliche Bestätigung⁵⁶². Die Bestätigung des Plans kann gerichtsseitig versagt werden, wenn die Vorschriften über den Inhalt und die verfahrensmäßige Behandlung des Insolvenzplans sowie die Annahme durch die Gläubiger und die Zustimmung des Schuldners an einem wesentlichen Punkt nicht beachtet wurden und der Mangel nicht behoben werden kann. Sie kann weiter versagt werden, wenn die Annahme des Plans unlauter durch eine Gläubigerbevorteilung herbeigeführt worden⁵⁶³ und die Bestätigung an bestimmte im Plan vorgesehene Leistungen und Maßnahmen geknüpft ist, welche nicht eingetreten bzw. nicht erfüllt sind⁵⁶⁴. Die im Plan vorgesehenen Rechtsfolgen treten mit Rechtskraft des gerichtlichen Bes-

⁵⁵⁹ § 251 Abs. 1 InsO.

⁵⁶⁰ § 251 Abs. 2 InsO.

⁵⁶¹ § 247 InsO.

⁵⁶² § 248 Abs. 1 InsO.

⁵⁶³ § 250 InsO.

⁵⁶⁴ § 249 InsO.

tätigungsbeschlusses ein, d.h. die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen für und gegen alle Beteiligte sind verbindlich⁵⁶⁵. Dies macht den Plan zu einem Vollstreckungstitel, da aus dem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan in Verbindung mit der Eintragung in die Tabelle die Insolvenzgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht bestritten worden sind, wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben können⁵⁶⁶.

Der Insolvenzplan als eines der „Kernstücke“⁵⁶⁷ der Insolvenzrechtsreform verfolgte das Ziel, der Autonomie der Gläubiger größeres Gewicht beizumessen⁵⁶⁸. Er bietet als universelles Instrument die Möglichkeit, das in Not befindliche Unternehmen zu sanieren und fortzuführen, um auf diese Weise eine ökonomisch bessere Verwertung der Masse herbeizuführen, einen größeren Teil der Verbindlichkeiten zu begleichen und/oder Arbeitsplätze, zumindest teilweise, zu erhalten. Dies kann nunmehr unter Wahrung des Grundsatzes der Gläubi-

⁵⁶⁵ § 254 Abs. 1 InsO.

⁵⁶⁶ § 257 Abs. 1 InsO.

⁵⁶⁷ www.mittelstandsportal.de/firmenfinanzierung/Insolvenzplanverfahren.

⁵⁶⁸ Bork, 2003, Einführung, S. XVI.

gleichbehandlung abweichend von gesetzlichen Regelungen im Rahmen der Gläubigerautonomie vereinbart werden⁵⁶⁹.

Durch das Insolvenzplanverfahren sollten ebenso wie durch den überarbeiteten Überschuldungsbegriff sowie durch die Einführung des neuen Insolvenzantragsgrunds der drohenden Zahlungsunfähigkeit und des Instrumentariums der Eigenverwaltung die Chancen für eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens erhöht werden. In dieser Vorstellung manifestierte sich die eigentliche Reformbestrebung; der Erhalt bestehender Wirtschaftunternehmen unter dem Leitgedanken: „Sanierung statt Zerschlagung“⁵⁷⁰.

2.6. Stärkung der Verteilungsgerechtigkeit

Ein zusätzlicher Schwerpunkt der Insolvenzrechtsreform lag in dem Bestreben, die Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Gläubigergruppen auszubauen, diese neu zu organisieren sowie privilegierte und mit Vorrechten ausgestattete Gruppen auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Dieser Zielsetzung folgend, wurden die Gläubigergruppen neu strukturiert. Die Änderung

⁵⁶⁹ Schmeisser/Bretz/Kessler/Krimphove, 2004, S. 204.

⁵⁷⁰ www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/ag/inso_plan.

rekurrierte vornehmlich auf die Masse- und Insolvenzgläubiger.

2.6.1. Neuregelung für die Massegläubiger

Die Neugestaltungen für die Massegläubiger sind zum Teil schon näher darlegt worden⁵⁷¹. Ergänzend hierzu ist noch anzufügen, dass die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten, quasi privilegiert, vorweg aus der Insolvenzmasse zu bedienen sind⁵⁷². Als Kosten des Insolvenzverfahrens gelten die Gerichtskosten respektive alle Gerichtsgebühren und Auslagen für das Insolvenzverfahren sowie Vergütungen und Auslagen der Verwaltungsorgane, also des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses⁵⁷³. Zu den sonstigen Masseverbindlichkeiten zählen einerseits Verbindlichkeiten, die aus Geschäften oder Handlungen des Insolvenzverwalters im Rahmen seiner Tätigkeit oder in anderer Weise im direkten Zusammenhang mit der Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden. Andererseits werden

⁵⁷¹ Dazu näher oben: C. II. 2.4.2.1. (Sonstige Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO).

⁵⁷² § 53 InsO.

⁵⁷³ § 54 InsO.

unter die sonstigen Masseverbindlichkeiten auch Ansprüche aus notwendigen Vertragserfüllungen aufgrund eines Erfüllungsverlangens und/oder eines gesetzlichen Erfüllungszwangs, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung der Insolvenzmasse sowie Ansprüche aus der Zeit der vorläufigen „starken“ Insolvenzverwaltung subsumiert⁵⁷⁴.

Die gesetzliche Neuregelung der Masseverbindlichkeiten wurde durch die klare methodologische Trennung zwischen Massekosten und Masseschulden gekennzeichnet. Im Rahmen dieser thematischen Neuordnung bzw. Auslegung beseitigte der Gesetzgeber die Ambivalenz, dass gemäß den Regelungen der §§ 58 Nr. 2, 59 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KO Ansprüche sowohl Massekosten als auch Masseschulden sein konnten⁵⁷⁵. Die Erweiterung des Begriffs der früheren Masseschulden gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO - Verbindlichkeiten, welche durch Handlungen des Konkursverwalters entstanden sind - um Verbindlichkeiten, die in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden⁵⁷⁶ und somit nicht den Kosten des Insolvenzverfahrens

⁵⁷⁴ § 55 InsO.

⁵⁷⁵ § 57 KO, Rn. 1d.

⁵⁷⁶ § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

bzw. den Massekosten gemäß § 54 InsO zuzurechnen sind, führte nur scheinbar zu einer inhaltlichen Ausweitung der sonstigen Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO. Der Umfang der Masseverbindlichkeiten hat sich faktisch nicht vergrößert. Vielmehr kam es nur zu einer Verlagerung innerhalb der gemäß § 53 InsO vorweg zu berichtigenden Ansprüche der Massegläubiger. Dies ist insbesondere dann bedeutungsvoll, wenn die Massearmut nach § 207 InsO eintritt oder der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO anzeigt⁵⁷⁷. Die Einstellung mangels Masse erfolgt, wenn sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens herausstellt, dass die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu tragen⁵⁷⁸. Sind jedoch die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt, reicht aber dessen ungeachtet die Insolvenzmasse nicht aus, die sonstigen Masseverbindlichkeiten zu decken, hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht die Massenunzulänglichkeit anzuzeigen⁵⁷⁹. Die Hierarchie der Massegläubiger bei Masseunzulänglichkeit richtet sich nach § 209 InsO. Demnach sind die Masseverbindlichkeiten nach folgender Rangordnung zu berichtigen: Zunächst sind

⁵⁷⁷ Pape, KTS 1995, S. 189.

⁵⁷⁸ § 207 Abs. 1 Satz 1 InsO.

⁵⁷⁹ § 208 Abs. 1 Satz 1 InsO.

die Kosten des Verfahrens zu bedienen, dann diejenigen Masseverbindlichkeiten, die erst nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO durch den Insolvenzverwalter begründet worden sind. Hierbei handelt es sich um sogenannte „Neumasseverbindlichkeiten“⁵⁸⁰. In der Rangordnung am Ende stehen alle übrigen Masseverbindlichkeiten bzw. die so genannten „Altmasseverbindlichkeiten“⁵⁸¹.

Der reforminduzierte Umbau der Masseverbindlichkeiten vollzog sich auch in anderen Bereichen. Die von gesetzgeberischer Seite hier in die Wege geleitete Änderung war geprägt durch die Streichung der systemwidrigen so genannten unechten Masseschulden⁵⁸² des § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO und des § 13 Abs. 1 Nr. 3 GesO. Diese Modifikation und die Abschaffung der so genannten Konkursvorrechte der §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bzw. der §§ 13 Abs. 1 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 1 GesO führten zu einschneidenden Änderungen im Hinblick auf die Arbeitnehmerrechte und die Rechte des Fiskus. Die Insolvenzordnung unterscheidet nunmehr durchgängig, mit Ausnahme der Rangfolge bei Masseunzulänglichkeit, nur noch

⁵⁸⁰ Bork, 2003, Einführung, S. XVIII.

⁵⁸¹ Ebd.; Uhlenbruck, 2003, S. 999.

⁵⁸² Bauer, 2007, S. 18 f.

zwischen Masseverbindlichkeiten nach §§ 53-55 InsO und Insolvenzforderungen gemäß §§ 38-40 InsO und kennt daher für die vorbezeichneten Gläubigergruppen keine Vorrechte mehr. In der Vergangenheit daraus resultierende Vorrechtsstreitigkeiten entfallen somit in Gänze. Mögliche juristische Auseinandersetzungen, die sich im Rahmen der Konkursordnung um die Einstufung und Deklaration der Ansprüche als Masseverbindlichkeiten oder Konkursforderungen drehen, sind mithin gegenstandslos geworden. Die dadurch eingesparten Kosten entlasten die Insolvenzmasse unmittelbar⁵⁸³. Die gesetzgeberseitig intendierte „Entschlackung“ der Masseverbindlichkeiten führte zu einer Vorgabe an die Gerichte, bei der Geltendmachung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO streng darauf zu achten, dass die Voraussetzungen für eine Vorwegbefriedigung erfüllt sind, um so zu verhindern, dass Forderungen als Masseverbindlichkeiten eingestuft werden, die tatsächlich bloße Insolvenzforderungen sind⁵⁸⁴.

Nicht in dem Regelwerk der §§ 53 ff. InsO genannt, aber gleichwohl als Masseverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind die Sozialplanforderungen. Unter der Voraussetzung, dass ein

⁵⁸³ Uhlenbruck, 2003, S. 999.

⁵⁸⁴ Pape, § 55 InsO, Rn. 4.

Sozialplan gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird, gelten die hieraus ableitbaren Ansprüche als Masseverbindlichkeiten, wobei diese nicht mehr als ein Drittel der Insolvenzmasse aufzehren dürfen⁵⁸⁵. Den Sicherungsgläubigern zustehende Zinszahlungen, die im Zusammenhang mit der insolvenzverwalterseitig verzögerten Verwertung bzw. Nichtverwertung von mit Absonderungsrechten belegten beweglichen Vermögensgegenständen entstehen, haben ebenfalls den Status von Masseverbindlichkeiten. Abschließend sind noch mögliche Unterhaltszahlungen an den Schuldner zu berücksichtigen. Die Gläubigerversammlung beschließt, ob und in welchem Umfang dem Schuldner und seiner Familie Unterhalt aus der Insolvenzmasse gewährt und mithin Masseverbindlichkeiten begründet werden sollen⁵⁸⁶. Diese Unterhaltsgewährung besteht auch für die vertretungsberechtigten persönlich haftenden Gesellschafter, also Gesellschafter einer OHG, Komplementäre einer KG oder deren Angehörige. Nicht davon betroffen sind organschaftliche Vertreter von Kapitalgesellschaften⁵⁸⁷. Die Ansprüche der Arbeitnehmer aus der Zeit

⁵⁸⁵ § 123 Abs. 2 InsO.

⁵⁸⁶ § 100 Abs. 1 InsO.

⁵⁸⁷ Uhlenbruck, 2003, S. 1605.

vor der Verfahrenseröffnung werden hingegen nicht mehr als Masseverbindlichkeiten berücksichtigt. Sie erhalten stattdessen Insolvenzgeld⁵⁸⁸.

2.6.2. Neuregelung für Insolvenzgläubiger

Aus der insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlung folgt, dass alle Gläubiger mit gleichen Rechten auch gleich behandelt werden müssen, und nicht, dass alle Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners gleichwertig befriedigt werden sollen. Die Insolvenzordnung trägt nunmehr diesem Erfordernis dadurch Rechnung, dass sie eine privilegierte Gläubigerstellung außerhalb der Insolvenz durch spezielle Befriedigungsgruppen, wie die der aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger, auch im Insolvenzverfahren anerkennt. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass einzelne Gläubiger in der Insolvenz nicht besser gestellt werden dürfen, als sie außerhalb stehen würden. Dieser Zielsetzung folgend, wurde in Übereinstimmung mit der insolvenzrechtlichen Gleichbehandlung die Abschaffung der Konkursvorrechte gemäß § 61 KO realisiert⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Bork, 2003, Einführung, S. XVIII; dazu näher oben: C. II. 2.5. (Stärkung Gläubigerautonomie).

⁵⁸⁹ 23. RegE zur InsO, BR-Drs. 1/92, S. 81.

Bei den Insolvenzgläubigern sind die allgemeinen Konkursvorrechte des § 61 KO und vergleichbare Vorrechte in anderen gesetzlichen Vorschriften als rechtspolitisch nicht mehr überzeugend ersatzlos gestrichen worden. Namentlich betrifft dies die Vorrechte des Fiskus, der Sozialversicherungsträger und der Bundesagentur für Arbeit. Das gesetzgeberseitige Bestreben mit dem Abbau dieser Konkursvorrechte lag, verglichen mit dem alten Rechtszustand, in einer Erhöhung der durchschnittlichen Quote der einfachen Insolvenzgläubiger. Damit verbunden war die Erwartungshaltung, dass die Gläubiger wieder stärker am Ablauf des Insolvenzverfahrens interessiert werden⁵⁹⁰.

2.6.2.1. Begriff der Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO

Die Insolvenzordnung unterscheidet nunmehr zwischen den einfachen Insolvenzgläubigern des § 38 InsO und den nachrangigen Insolvenzgläubigern gemäß § 39 InsO. Die Insolvenzmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der persönlichen Gläubiger bzw. der Insolvenzgläubiger, die einen

⁵⁹⁰ GesE Insolvenzordnung, BT-Drs. 12/2443, S. 90.

zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben⁵⁹¹. Zwecks Befriedigung dieser Ansprüche findet letztlich ein Insolvenzverfahren statt, welches vom Grundsatz der *par conditio creditorum* - der Gläubigergleichbehandlung - beherrscht wird⁵⁹². Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden die Gläubiger in eine Gemeinschaft eingebunden, die zumeist eine Verlustgemeinschaft ist. Der maßgebliche Zweck des Insolvenzverfahrens liegt in der gemeinschaftlichen Verwirklichung der Vermögenshaftung⁵⁹³.

Der anspruchsbegründende Tatbestand der persönlichen Gläubiger muss bereits vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen sein⁵⁹⁴. Die Begründetheit eines Anspruchs ist gegeben, wenn das Schuldverhältnis schon vor Verfahrenseröffnung bestand, selbst wenn sich hieraus eine Forderung erst nach Verfahrenseröffnung ergibt. Zu unterscheiden von den persönlichen Gläubigern des § 38 InsO sind die dinglichen Gläubiger. Deren Rechte am Schuldnervermögen sind entweder insol-

⁵⁹¹ § 38 InsO.

⁵⁹² Ehricke, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, § 38 InsO, Rn. 4; Häsemeyer, KTS 1982, S. 507 ff.

⁵⁹³ Uhlenbruck, 2003, S. 777.

⁵⁹⁴ Jaeger/Henckel, 1987, § 3 KO, Rn. 31 ff.; Ehricke, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, § 38 InsO, Rn. 15.

venzfest, wie beispielsweise die Aussonderungsrechte gemäß §§ 47, 48 InsO, oder dienen zur abgesonderten Befriedigung nach den §§ 49 ff. InsO. Die Vorschrift des § 38 InsO regelt nur die obligatorischen Rechte, d.h. die Ansprüche und Forderungen gegen den Schuldner respektive das Schuldnerunternehmen⁵⁹⁵, die dingliche Vermögenshaftung wird mithin nicht erfasst⁵⁹⁶. Die Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners nur noch nach den Vorschriften der Insolvenzordnung verfolgen⁵⁹⁷. Dies hat zur Folge, dass sie nicht mehr gegen den Schuldner klagen können und Einzelvollstreckungen für die Dauer des Insolvenzverfahrens unzulässig sind⁵⁹⁸. Der Kampf alle gegen alle, das so genannte bellum omnium contra omnes, wird zu Gunsten eines staatlich überwachten gerichtlichen Verfahrens, welches das gesamte Vermögen des Schuldners erfasst, beendet⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ Uhlenbruck, 2003, S. 779.

⁵⁹⁶ Uhlenbruck, 2003, S. 777.

⁵⁹⁷ § 87 InsO.

⁵⁹⁸ § 89 Abs. 1 InsO.

⁵⁹⁹ Uhlenbruck, 2003, S. 778.

2.6.2.2. Begriff der nachrangigen Insolvenzgläubiger gemäß § 39 InsO

Die Ansprüche der nachrangigen Insolvenzgläubiger werden nunmehr gemäß § 39 Abs. 1 InsO im Rang nach den restlichen Forderungen der Insolvenzgläubiger unter Beachtung einer Reihenfolge wie folgt berichtigt:

1. die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen der Insolvenzgläubigerforderungen,
2. die durch die Teilnahme am Verfahren verursachten Kosten der Insolvenzgläubiger,
3. Geldstrafen und -bußen sowie Ordnungs- und Zwangsgelder, die zu einer Geldzahlung verpflichten,
4. Forderungen aufgrund unentgeltlicher Leistungen des Schuldners,
5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 des § 39 InsO Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder gleichgestellte Forderungen.

Die Berichtigung bei gleichem Rang erfolgt nach den Verhältnissen ihrer Beträge. Nach § 39 Abs. 2 InsO werden Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nach-

rang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist (Rangrücktrittsvereinbarung), im Zweifel nach den in § 39 Abs. 1 InsO benannten Forderungen berichtigt.

Die Einordnung als Insolvenzforderung bestimmt sich nach materiellem Recht, wohingegen die Frage der Nachrangigkeit verfahrensrechtlicher Natur ist, die oftmals erst im Laufe eines Insolvenzverfahrens streitig wird. Die Regelung des § 39 InsO führt dazu, dass Verbindlichkeiten, die nach früherem Recht gemäß den Vorschriften der §§ 63 KO, 29 VglO nicht im Konkurs oder im Vergleich geltend gemacht werden konnten, nunmehr im Insolvenzverfahren zu berücksichtigen sind. Nach neuem Recht werden dementsprechend die früher von der Verfahrensteilnahme ausgeschlossenen Forderungen in das Insolvenzverfahren eingebunden, jedoch mit der Einschränkung, dass sie als nachrangige Forderungen zurückgestuft werden und insofern diese Gläubiger erst dann eine Ausschüttung erwarten können, wenn die einfachen Insolvenzgläubiger gemäß § 38 InsO befriedigt worden sind. Ansonsten werden im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Abwicklung die nachrangigen Gläubiger den einfachen Insolvenzgläubigern gleichgestellt.

III. Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess

Ob und inwieweit die Insolvenzordnung in den ersten zwölf Jahren ihrer Anwendung den vielschichtigen Anforderungen des Reformprozesses tatsächlich gerecht geworden ist, soll nun nachfolgend einer Bestandsaufnahme unterzogen werden. Zuvor gilt es jedoch ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass es sich bei der Insolvenzrechtsreform um einen steten sich weiterentwickelnden Prozess handelt, bei dem noch kein Ende abzusehen ist. Fest steht allerdings schon jetzt, dass das Gesetz in seiner ursprünglichen Form, auch nach fast zwei Jahrzehnten andauernden Diskussionen, unzählige Lücken und Regelungsmängel aufwies, die im Rahmen der Evaluierung des Gesetzes sukzessive beseitigt werden mussten⁶⁰⁰. Dementsprechend hat die Insolvenzordnung auch nach ihrem Inkrafttreten noch zahlreiche Änderungen erfahren⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Pape, NZI 2007, S. 425 ff.

⁶⁰¹ Art. 2 Abs. 3 Überweisungsgesetz (BGBl. 1999 I S. 1642); Art. 1 des Gesetzes zur Änderung insolvenzrechtlicher und kreditwesenrechtlicher Vorschriften (BGBl. 1999 I S. 2384); Art. 3 § 17 des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (BGBl. 2001 I S. 266); Art. 7 Abs. 20 Mietrechtsreformgesetz (BGBl. 2001 I S. 1149); Art. 12 Zivilprozessreformgesetz (BGBl. 2001 I S. 1887); Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze (BGBl. 2001 I S. 2710); Art. 11 des Gesetzes zur Einführung des Euro in das Rechtspflegegesetz und in das Gesetz des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, zur Ände-

Ogleich es sich dabei in den überwiegenden Fällen um geringe und punktuelle Modifikationen handelte, waren dennoch einige besonders gewichtig, so gewichtig, dass sie sich ganz erheblich auf die Insolvenzordnung ausgewirkt haben: Das am 01.12.2001 in Kraft getretene Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001⁶⁰² mit der Einführung des Stundungsverfahrens (für Verbraucher) sowie das am 01.07.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (GAVI)⁶⁰³, das u.a. umfangreiche Änderungen der Rechtsstellung der gesicherten Gläubiger im vorläufigen Insolvenzverfahren brachte, führten jeweils zu einschneidenden inhaltlichen Änderungen der Insolvenzordnung. Auch wenn die mit dem Gesetz

rung der Mahnvordruckverordnungen sowie zur Änderung weiterer Gesetze (BGBl. 2001 I S. 3574); Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts (BGBl. 2003 I S. 345); Art. 40 Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl. 2003 I S. 2848); Art. 4 des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt (BGBl. 2003 I S. 3002); Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekendarlehenbankgesetzes und anderer Gesetze (BGBl. 2004 I S. 502); Art. 5 des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BGBl. 2004 I S. 3214); Art. 5 Abs. 22 des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (BGBl. 2004 I S. 3396); Art. 9 Justizkommunikationsgesetz (BGBl. 2005 I S. 837); Art. 12 Abs. 2 EHUG (BGBl. 2006 I S. 2553); Art. 13 2. Justizmodernisierungsgesetz (BGBl. 2006 I S. 3416); Art. 2 des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge (BGBl. 2007 I S. 368); Art. 1 des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (BGBl. 2007 I S. 509); Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011 (BGBl. I S. 2582) – Art. 4, 5, 7 und 8 dieses Gesetzes treten am 01.01.2013 in Kraft; im Übrigen trat das Gesetz am 01.03.2012 in Kraft (Art. 10).

⁶⁰²

BGBl. I S. 2710.

⁶⁰³

BGBl. I S. 509.

zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens (GAVI) vorgenommenen Änderungen aus Sicht der Praxis nicht als so gravierend empfunden wurden, dass damit ein Paradigmenwechsel bei der Insolvenzordnung hätte verzeichnet werden können, deklarierte das Bundesjustizministerium in seiner Pressemitteilung vom 28.6.2006 das Gesetz gleichwohl als Kehrtwende, wonach Fortführung und Sanierung von Unternehmen den Vorrang vor der Liquidierung haben sollen⁶⁰⁴. In der Gesetzesbegründung findet sich hingegen der von dem Bundesjustizministerium postulierte Vorrang der Sanierung vor der Liquidation nicht mehr. Dort ist lediglich von Verfahrenserleichterungen für den sanierenden (vorläufigen) Insolvenzverwalter die Rede⁶⁰⁵.

Als nächste tiefgreifende Veränderung ist das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁶⁰⁶ zu nennen, das gleichermaßen erhebliche Auswirkungen auf die

⁶⁰⁴ Pressemitteilung BMJ vom 28.06.2006, Verfahrenserleichterungen im Insolvenzrecht, www.bmj.bund.de.

⁶⁰⁵ BT- Drs. 16/4194 vom 31.01.2007.

⁶⁰⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I S. 2026 (Nr. 48), Geltung ab 01.11.2008.

Insolvenzordnung hat⁶⁰⁷. Mit diesem Gesetz hat der Gesetzgeber eine Reihe von originär als Insolvenzrecht eingestuftten Vorschriften, die sich vordem in verschiedenen Gesetzen des Gesellschaftsrechts befanden, in die Insolvenzordnung eingliedert. Die Insolvenzantragspflicht, die bis zum Inkrafttreten des MoMiG auf die einzelnen Gesetze des Gesellschaftsrechts verteilt war, ist in dem jetzigen § 15a InsO zusammengefasst worden⁶⁰⁸. Eine weitere bedeutende Neuerung, die das MoMiG bringt, ist die Einbeziehung der Regelungen zum Eigenkapitalersatzrecht der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. in die Insolvenzordnung. Das Eigenkapitalersatzrecht findet sich jetzt in den §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO wieder und wurde in Details neu gefasst. Da die Insolvenzantragspflichten und die Eigenkapitalersatzregelungen nunmehr aufgrund der systematischen Neuordnung originäres Insolvenzrecht und eben nicht mehr Gesellschaftsrecht darstellen, sind die neu geschaffenen §§ 15a, 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 InsO auch unmittelbar auf die Gesellschaften ausländischen Rechts anwendbar, wenn diese ihren Verwaltungssitz bzw. ihren so genannten „Center of

⁶⁰⁷ Burg/Poertzgen, ZInsO 2008, S. 473 ff.; Hirte, ZInsO 2008, S. 146 ff.; ders., ZInsO 2008, S. 689 ff.; ders., ZInsO 2008, S. 933 ff.; Poertzgen, ZInsO 2008, S. 944 ff.

⁶⁰⁸ Zur früheren Rechtslage vgl. hierzu: § 64 Abs. 1 GmbHG a.F., 92 Abs. 1 AktG a.F.

Main Interest“ (COMI) in Deutschland haben. Dies hat zur Folge, dass auch die englische Limited, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, die Insolvenzantragspflichten und Eigenkapitalersatzregelungen zu beachten hat, auch wenn diese wiederum dem englischen Recht in dieser Form unbekannt sind⁶⁰⁹.

Als „unrühmlicher Höhepunkt“⁶¹⁰ der das Insolvenzrecht beeinflussenden Gesetzgebung wurde die Einführung des am 01.01.2008 in Kraft getretenen § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV⁶¹¹ gewertet, die Ausdruck für die inzwischen nachlassende gesetzgeberseitige Abwehrbereitschaft zur Wiederherstellung der Konkursvorrechte für Sozialversicherungsträger und den Fiskus war⁶¹². Dieses Gesetz sollte Sozialversicherungsträger in der Form privilegieren, dass Zahlungen auf Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht mehr dem Vermögen des Arbeitgebers zugehörig sein und sie demzufolge auch nicht mehr, für den Fall einer Insolvenz des Arbeitgebers, der insolvenzrechtlichen Anfechtungsgefahr unterliegen sollten⁶¹³. Eine

⁶⁰⁹ v. Thunen, 2011, S. 109 f.

⁶¹⁰ Pape, ZInsO 2009, S. 2.

⁶¹¹ BGBl. I S. 3024.

⁶¹² Bauer/Esser, ZInsO 2008, S. 296 ff.; Blank, ZInsO 2008, S. 1 ff.; Bräuer, ZInsO 2008, S. 169 ff.; v. der Heydt, ZInsO 2008, S. 178 ff.

⁶¹³ Heublein, KSI 2008, S. 182.

Entscheidung des BGH vom 05.11.2009 stellte allerdings klar, dass Zahlungen auf Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nach wie vor aus dem Vermögen des Arbeitgebers kommen. Demgemäß können Zahlungen als Rechtshandlungen des Arbeitgebers - im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen - als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstellen auch wieder angefochten werden⁶¹⁴.

Mit der Umsetzung des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts (FMStG) vom 17.10.2008⁶¹⁵ - in der breiten Öffentlichkeit als „Rettungspaket“ bekannt⁶¹⁶ - hat der Gesetzgeber einen weiteren gravierenden Eingriff in das Regelwerk der Insolvenzordnung vorgenommen: Gemäß Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes ist der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff des § 19 InsO zeitweise außer Kraft gesetzt und definitorisch „neu“ gefasst worden. Für einen Überbrückungszeitraum von fünf Jahren besitzt der so genannte „modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff“ wieder volle Gültigkeit⁶¹⁷. Diese Rückkehr zum modifizierten zwei-

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 05.11.2009 - IX ZR 233/08, NJW 2010, S. 870.

⁶¹⁵ BGBl. I S. 1982; dazu näher oben: C. II. 2.4.1.2. (Überschuldung gemäß § 19 InsO).

⁶¹⁶ Eckert/Happe, ZInsO 2008, S. 1098.

⁶¹⁷ Dazu näher unten: E. III. 3.3.5. (Überschuldung nach § 19 InsO).

stufigen Überschuldungsbegriff knüpft erklärtermaßen an die Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung an, wonach eine positive Fortbestehensprognose ausreichend ist, eine rechtliche Überschuldung zu heilen⁶¹⁸.

Aktuell steht im Mittelpunkt insolvenzrechtlicher Änderungen das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)⁶¹⁹. Der Bundestag hat am 27.10.2011 das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen in der durch den Rechtsausschuss geänderten Fassung angenommen. Das Gesetz wurde am 13.12.2011 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat mit Wirkung zum 01.03.2012 in Kraft. Mit teils tiefgreifenden Änderungen soll das Insolvenzrecht die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtern, wobei aber die Befriedigung der Gläubiger nach wie vor vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens zu sein hat. Die Änderungen sind besonders in den Bereichen Stärkung der Gläubigerstellung, Insolvenzplanverfahren und Eigenverwaltung signifikant⁶²⁰. Einer Stärkung der Gläubigerstellung soll dadurch Rechnung getragen werden,

⁶¹⁸ Bitter, ZInsO 2008, S. 1097; Eckert/Happe, ZInsO 2008, S. 1098; Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217 ff.

⁶¹⁹ BGBl. 2011 I S. 2582.

⁶²⁰ Haas, 2012, S. 10.

dass die Gläubiger durch die Konstituierung eines „vorläufigen Gläubigerausschusses“ intensiver und nachhaltiger in alle für sie relevanten Entscheidungsprozesse eingebunden werden, bis hin zur Bestellung des Insolvenzverwalters, was bislang nur dem Gericht vorbehalten war. Der vorläufige Gläubigerausschuss soll künftig bereits in einem Insolvenzantragsverfahren eingesetzt werden, wobei allerdings erst die Überschreitung bestimmter Größenklassen, analog § 267 HGB, seine Einsetzung verbindlich vorschreibt⁶²¹. Das Insolvenzplanverfahren soll dergestalt ausgebaut werden, dass der so genannte „debt to equity swap“, mit dem Forderungen der Gläubiger in Haftkapital umgewandelt werden können, nunmehr gesetzlich geregelt ist. Das Novum dabei ist, dass die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital ohne die Einbindung der Altgesellschafter auf gesellschaftsrechtlicher Ebene nunmehr möglich sein soll. Zudem sollen die Möglichkeiten von Seiten der Gläubiger, gegen den Insolvenzplan zu obstruieren, deutlich beschnitten werden⁶²². Die Eigenverwaltung soll nun in geänderter Form die Attraktivität für einen frühzeitigen Eigenantrag erhöhen. Durch die Schaffung eines so genannten „Schutzschirmverfahrens“ sollen, so die Intention des Gesetz-

⁶²¹ Haas, 2012, S. 13.

⁶²² Haas, 2012, S. 21.

gebers, die Befriedigungsquoten erhöht werden⁶²³. Das Schutzschirmverfahren soll dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit bieten, innerhalb einer Frist von maximal drei Monaten einen Insolvenzplan zu erstellen, ohne dass in dieser Zeit von Seiten der Gläubiger Einzelvollstreckungsmaßnahmen initiiert werden können. Darüber hinaus sind bei der Anordnung der Eigenverwaltung Änderungen aufgenommen worden, die ein in diesem Zusammenhang häufig bestehendes Blockadepotential von Gläubigern reduzieren sollen⁶²⁴.

Die vielfachen Änderungen sind Beleg dafür, dass die Insolvenzordnung auch nach zwölf Jahren ihres Bestehens einem steten Wandlungsprozess unterworfen ist. Die Anwendungszeit des Gesetzes darf daher nicht rein statisch betrachtet werden, da der stetig fortschreitende Prozess der Insolvenzrechtsreform mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung weder unterbrochen noch beendet ist. Bei all diesen Änderungen stellt sich aber zwangsläufig die Frage, ob der Gesetzgeber die mit der Einführung der Insolvenzordnung verbundenen Ziele tatsächlich erreicht hat bzw. wo die Insolvenzordnung nach zwölf Jahren steht. Die nachfolgende Bestandsaufnahme konzent-

⁶²³ Haas, 2012, S. 10.

⁶²⁴ Haas, 2012, S. 14.

riert sich dabei auf den gesetzgeberseitig intendierten Sanierungsgedanken und kanalisiert selbigen auf die Überlegung, ob das Insolvenzrecht, bezogen auf seine diesbezüglichen Instrumentarien, in der Praxis überhaupt als Sanierungsrecht angenommen und umgesetzt geworden ist.

IV. 12 Jahre Insolvenzordnung – eine Bestandaufnahme

Die Insolvenzordnung besteht nunmehr seit mehr als zwölf Jahren. Obgleich sie damit bislang nur einen Bruchteil der Anwendungszeit der Konkursordnung von 1877 erreicht, kann sie schon jetzt auf eine abwechslungsreiche und lebhaftere Geschichte zurückblicken. Das Erscheinungsbild der Konkursordnung hat sich, wie dargelegt, in weit mehr als 100 Jahren nur geringfügig geändert⁶²⁵, wohingegen die Insolvenzordnung in ihrer kurzen Geschichte schon zahlreiche Änderungen bzw. Ergänzungen erfahren hat. Dieser ständige Änderungsprozess hat der Insolvenzordnung zu Recht den Ruf einer „Dauerbaustelle“⁶²⁶ eingebracht. Die nachfolgende Bestandaufnahme greift die gesetzgeberseitig intendierte Sanierungszielsetzung mit der Einführung der Insolvenzordnung auf und gibt eine Zustandsbeschreibung, wie diese in den letzten zwölf Jahren verwirklicht worden ist. In den Mittelpunkt der Betrachtung rücken dabei all jene insolvenzrechtlichen Instrumentarien, die bei entsprechender Anwendung geeignet erscheinen, den zu

⁶²⁵ Dazu näher oben: C. I. 3. (Die Konkursordnung von 1877).

⁶²⁶ Kirchhof, ZInsO 2008, S. 395 f.

sanierenden Rechtsträger in Gänze zu erhalten. Die Analyse setzt an den Insolvenzantragsgründen auf und geht über zu dem Insolvenzplanverfahren und der Eigenverwaltung⁶²⁷.

1. Umgestaltungen der Insolvenzantragsgründe

Die Änderungen im Rahmen der Insolvenzantragsgründe haben sich in eine fragwürdige Richtung entwickelt⁶²⁸: Von der ursprünglichen Zielsetzung des Gesetzgebers, Insolvenzverfahren früher eröffnen zu können, ist nach zwölf Jahren Insolvenzordnung nicht viel übrig geblieben.

Die Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO weist mittlerweile wieder hohe Deckungsgleichheit mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Konkursrecht auf. Halten die gegenwärtigen Bemühungen weiterhin an, die Grenzen des hinnehmbaren Mangels an Zahlungsmitteln noch weiter zu verschieben, um eine Zahlungsunfähigkeit zu umgehen bzw. die Zeit, innerhalb derer der Schuldner in der Lage sein muss, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen,

⁶²⁷ Die Änderungen durch das ESUG wurden an dieser Stelle nicht mehr berücksichtigt, vgl. dazu näher oben: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

⁶²⁸ Pape, WM 2008, S. 1949 ff.

noch weiter zu prolongieren, könnte alsbald wieder mit einer begrifflichen Auslegung der Zahlungsunfähigkeit zur Zeiten der Konkursordnung zu rechnen sein. Dies hätte zwangsläufig einen weiteren Anstieg der mangels Masse nicht eröffneten Verfahren zur Folge⁶²⁹.

Der im Zuge der Insolvenzrechtsreform neu geschaffene Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO ist faktisch ohne Wirkung geblieben⁶³⁰. In der Praxis besteht nach wie vor keine Bereitschaft, sich frühzeitig unter den Schutz eines Insolvenzverfahrens zu begeben, um etwa ein Verfahren mit Eigenverwaltung oder ein Insolvenzplanverfahren durchzuführen. „Die Neigung weiterzumachen bis nichts mehr geht, die dazu führt, dass Sanierungsversuche kaum Chancen auf realistische Umsetzung haben, ist ungebrochen geblieben“⁶³¹. Obgleich vereinzelte Beispiele⁶³² gezeigt haben, dass durch eine rechtzeitige Insolvenzantragstellung mithilfe eines Insolvenzplanverfahrens oder einer Eigenverwaltung

⁶²⁹ Pape, ZInsO 2009, S. 4.

⁶³⁰ Statistisches Bundesamt, Anzahl der aufgrund § 18 InsO eröffneten Insolvenzverfahren.

⁶³¹ Pape, ZInsO 2009, S. 4.

⁶³² Herlitz AG; Babcock Borsig AG u.a.m.

Unternehmen erhalten und umstrukturiert werden konnten, hat sich hieraus kein beispielgebender Trend gebildet.

Die gesetzliche „Neufassung“ des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs⁶³³ nach § 19 InsO hat, wie bereits mehrfach dargelegt, dazu geführt, dass seit dem 18.10.2009, befristet auf erst zwei, später fünf Jahre, der so genannte modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff wieder Gültigkeit besitzt⁶³⁴. Damit dokumentiert auch der Gesetzgeber, dass er in Krisenzeiten nicht auf die Sanierung von Unternehmen mittels eines Insolvenzverfahrens setzt. Vielmehr wird einer Kapitalgesellschaft nunmehr die Möglichkeit eröffnet, durch Aussetzung des vormaligen insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs eine etwaig gegenständliche insolvenzrechtliche Überschuldung alter Prägung lediglich mit einer subjektiv erstellten Fortbestehensprognose zu negieren und sich damit der Insolvenzantragspflicht zu entziehen. Insoweit konterkariert diese Gesetzesänderung auch das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG)⁶³⁵ mit

⁶³³ BGBl. I S. 1982; dazu näher oben: C. II. 2.4.1.2. (Überschuldung gemäß § 19 InsO).

⁶³⁴ Dazu näher unten: E. III. 3.3.5. (Überschuldung nach § 19 InsO).

⁶³⁵ Dazu näher oben: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

den Neuregelungen zur Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO. Ziel dieser Regelung ist gerade eine strenge Ahndung der Missachtung der Insolvenzantragspflicht. „Die Neuregelung der Überschuldung kommt der durch die Insolvenzordnung ohnehin nicht wesentlich veränderten Neigung entgegen, anstelle der Beachtung der Antragspflicht lieber zu wirtschaften, bis nichts mehr geht“⁶³⁶. In diesem letzten Stadium unternehmen die jeweiligen Verantwortlichen vielfach den Versuch, sich durch den Einsatz so genannter „gewerblicher Firmenbestatter“ der Haftung bei der Liquidierung überschuldeter Kapitalgesellschaften zu entziehen, Auswüchse, die gerade durch das MoMiG bekämpft werden sollten.

Obgleich die Neuregelung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs in der Praxis heftig und kontrovers diskutiert wird⁶³⁷, relativiert die Rechtswirklichkeit die Bedeutung der Überschuldung nach § 19 InsO, wie die folgende Darstellung belegt⁶³⁸:

⁶³⁶ Pape, ZInsO 2009, S. 4.

⁶³⁷ Eckert/Happe, ZInsO 2008, S. 1098 ff.; Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217 ff.; Beck, KSI 2008, S. 245 ff.

⁶³⁸ Aktuellere Daten liegen nicht vor.

Unternehmensinsolvenzen und Eröffnungsgrund der Überschuldung

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Unternehmensinsolvenzen gesamt	28.235	32.278	37.579	39.320	39.213	36.843	34.137	29.160
Eröffnungsgrund Überschuldung	1.053	1.432	920	491	414	399	667	630

Abbildung Nr. 15: Unternehmensinsolvenzen und Eröffnungsgrund der Überschuldung, Statistisches Bundesamt 2007

Der Insolvenzgrund der Überschuldung ist im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit in der Regel „unsichtbar“ und wird in der Praxis vielfach als zu theorielastig bzw. in seiner Handhabung als zu schwierig angesehen⁶³⁹. Dementsprechend sind praktisch kaum, wie die vorstehende Statistik zeigt, Insolvenzverfahren bekannt, die allein aufgrund der Überschuldung und nicht wegen einer gleichzeitigen Zahlungsunfähigkeit eröffnet worden sind⁶⁴⁰. Legt man die hier vertretene Prämisse zugrunde, dass in so gut wie jedem Fall der Zahlungsunfähigkeit eine teilweise Jahre andauernde Überschuldungslage vorangeht, so dürfte es angesichts dieses Umstands in der

⁶³⁹ Poertzgen, 2006, S. 203 f.

⁶⁴⁰ Poertzgen, ZInsO 2009, S. 402.

Regel kaum Insolvenzverfahren allein aufgrund einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geben. Das Gegenteil ist der Fall: Der Insolvenzeröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit ist in der Praxis der mit Abstand häufigste Insolvenzantragsgrund⁶⁴¹. Die Statistik erfasst allerdings nur den dem Antrag zugrunde liegenden, dokumentierten Insolvenzeröffnungsgrund. Sie erfasst aber nicht, ob möglicherweise schon früher ein Antrag aufgrund einer insolvenzrechtlichen Überschuldung hätte gestellt werden müssen.

2. Anwendungsdefizite beim Insolvenzplanverfahren

„Die Sanierung von Pleiteunternehmen ist schon jetzt das Ziel des Insolvenzrechts. Doch das beste Instrument wird noch viel zu selten genutzt: der Insolvenzplan“⁶⁴². Gegen das Insolvenzplanverfahren gibt es auch zwölf Jahre nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung erhebliche Vorbehalte⁶⁴³. Die Hoffnung, dass sich das Instrumentarium des Insolvenzplanverfahrens zu einem flexiblen Sanierungswerkzeug entwickeln würde, hat

⁶⁴¹ Statistisches Bundesamt, Unternehmensinsolvenzen und Eröffnungsgrund der Überschuldung, 2007, S. 306.

⁶⁴² Werner, Financial Times Deutschland vom 20.02.2009, S. 10.

⁶⁴³ Die Änderungen durch das ESUG wurden an dieser Stelle nicht mehr berücksichtigt, vgl. dazu näher oben: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

sich nicht erfüllt. In der Praxis sind vielmehr Vorbehalte und Bedenken gegen die Verabschiedung von Insolvenzplänen die Regel. Nach den Angaben des Bonner Instituts für Mittelstandsforschung wurden 2007 von rund 20.000 eröffneten Verfahren gerade einmal 278 durch einen Insolvenzplan gelöst⁶⁴⁴. Die Hauptgründe für die Inakzeptanz des Planverfahrens liegen einerseits in der obstruktiven Haltung von Gläubigern, die in der Durchführung desselben vielfach ihre Sonderinteressen durchsetzen wollen. Nach dem Regelwerk der Insolvenzordnung haben entsprechend strukturierte Gläubigergruppen durchaus die Möglichkeit, die Verabschiedung und Umsetzung von Insolvenzplänen zu verzögern respektive zu blockieren. Diese Rechtsbehelfe können von Seiten der Gläubiger so eingesetzt werden, dass nur aus Sicht der einzelnen Gläubiger wirtschaftlich sinnvolle Insolvenzpläne verabschiedet werden - ungeachtet der Interessen des zu sanierenden Rechtsträgers bzw. der Gläubigergesamtheit⁶⁴⁵. Andererseits stehen dem Planverfahren auch noch psychologische Hindernisse entgegen: Der Insolvenzplan setzt immer die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraus. Da aber eine Insolvenz in der äußeren Wahrnehmung zu negativ besetzt ist, wird einem

⁶⁴⁴ Werner, Financial Times Deutschland vom 20.02.2009, S. 10.

⁶⁴⁵ Pape, ZInsO 2009, S. 5.

möglichen Planverfahren häufig schon dadurch die Grundlage entzogen⁶⁴⁶.

Das Insolvenzverfahren ist als „Rettungsverfahren“ in Deutschland nie angenommen worden⁶⁴⁷. Vielmehr wird es in aller Regel nur als letztes Mittel der Sanierung genutzt⁶⁴⁸. Die Stigmatisierung eines Insolvenzverfahrens und eine konzentrisch darauf ausgerichtete Vermeidungsstrategie führen letztlich dazu, dass wertvolle Zeit verloren geht und die Chancen verspielt werden, zumindest Teilbereiche von betroffenen Unternehmen zu retten. Viele mittelständische Unternehmen zögern immer noch zu lange mit dem Gang zum Amtsgericht - für eine Sanierung in Eigenregie ist es dann meist schon zu spät⁶⁴⁹. „All dies behindert ein funktionierendes Sanierungsrecht auch nach zehn Jahren seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung“⁶⁵⁰. Insoweit konnte sich die gesetzgeberseitige Vorstellung, mit dem Insolvenzplanverfahren ein wirkungsvolles Reorganisationsrecht zu schaffen, bislang noch nicht wirkungsvoll durchsetzen. Die Verwirklichung eines im Rahmen

⁶⁴⁶ Hirte, Financial Times Deutschland vom 20.02.2009, S. 10.

⁶⁴⁷ Rieble, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.01.2009, S. C2.

⁶⁴⁸ Ebd.

⁶⁴⁹ Bierbach, Süddeutsche Zeitung vom 05.03.2009.

⁶⁵⁰ Pape, ZInsO 2009, S. 5.

einer gerichtlichen Sanierung nutzbaren Reorganisationsinstrumentariums hätte allenfalls dann eine Chance, wenn alle Beteiligten generell die Insolvenz als einen wirtschaftlichen Neuanfang begreifen würden. Solange jedoch die Mehrzahl der Gläubiger die schnelle Liquidation bevorzugt und konstruktive Lösungsvorschläge angesichts irrationaler Quotenvorstellungen strikt ablehnt, wird es ein funktionierendes Sanierungsrecht nicht geben⁶⁵¹.

3. Anwendungsdefizite bei der Eigenverwaltung

Das Institut der Eigenverwaltung kann ebenfalls nicht als Erfolgsmodell angesehen werden⁶⁵². Während in der Literatur von erfolgreichen übertragenden Sanierungen und vereinzelt auch von Insolvenzplänen berichtet wurde⁶⁵³, bereitet die Eigenverwaltung als Sanierungsinstrument in der Praxis nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten⁶⁵⁴. Dessen ungeachtet hat sich aber in der Vergangenheit bereits bei einigen spektakulä-

⁶⁵¹ Pape, ZInsO 2009, S. 6.

⁶⁵² Die Änderungen durch das ESUG wurden an dieser Stelle nicht mehr berücksichtigt, vgl. dazu näher oben: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

⁶⁵³ Westrick, WPg-Sonderheft 2003, S. 172; Paul, ZInsO 2004, S. 72 ff.

⁶⁵⁴ Uhlenbruck, BB-Special 2004, S. 5.

ren Verfahren gezeigt⁶⁵⁵, dass die Eigenverwaltung ein durchaus wirksames Mittel sein kann, um zu einer vernünftigen Verfahrensabwicklung zu kommen. Bei den genannten Erfolgsbeispielen handelt es sich allerdings durchweg um Großverfahren, in denen das Modell der Bestellung eines erfahrenen und renommierten Insolvenzverwalters als organschaftlicher Vertreter des insolventen Unternehmens praktiziert worden ist. Dieses dort angewandte Modell basierte auf dem Gedanken, die alte Geschäftsleitung durch einen erfahrenen Sanierungsfachmann zu ersetzen, der über eine entsprechende Expertise verfügt und als „Mann an der Spitze“ vertrauensbildend gegenüber Banken, Arbeitnehmern, Kunden und Lieferanten wirkt⁶⁵⁶.

Gegen die Eigenverwaltung wurden aber Bedenken vorgetragen⁶⁵⁷, und es mussten erhebliche Widerstände überwunden werden, bevor diese Form der Verfahrensabwicklung etabliert werden konnte⁶⁵⁸. Als bedenklich wurde insbesondere die von Banken, Großgläubigern, Anteilseignern und Gewerkschaften

⁶⁵⁵ Babcock Borsig AG, Kirch Media AG, Grundig AG, Arcandor AG etc.

⁶⁵⁶ Paulus, BB 2004, S. 1.

⁶⁵⁷ Diese Bedenken hatte insbesondere das AG Duisburg in dem Insolvenzverfahren Babcock Borsig geäußert, AG Duisburg, Beschluss vom 01.09.2002 - 62 IN 167/02, S. 1046, ZIP 2002, S. 1636.

⁶⁵⁸ Pape, ZInsO 2009, S. 6.

gleichermaßen empfundene „Angst vor der richterlichen Un-
abhängigkeit“ hinsichtlich der Verwalterauswahl gewertet⁶⁵⁹.
Zudem beklagten sich eine Reihe von interessierten Gläubig-
ern, dass ihre Einflussnahme auf und ihre Einbindung in das
Verfahren nicht im gewünschten Umfang stattfinden. Auch im
Schrifttum wurde dem Rechtsinstitut der Eigenverwaltung er-
hebliches Misstrauen entgegen gebracht, da, unter der Vor-
aussetzung, dass die Geschäftsleitung weiterhin in „Amt und
Würde“ bliebe, der „Schuldner zu seinem eigenen Gerichts-
vollzieher“⁶⁶⁰ gemacht würde. Die bisher veröffentlichte Recht-
sprechung lässt ebenfalls eine große Zurückhaltung der Insol-
venzgerichte bei der Anordnung der Eigenverwaltung erken-
nen⁶⁶¹. Kausal ist diese Zurückhaltung in erster Linie auf das
nicht abschätzbare Risiko der Gläubigerbenachteiligung zu-
rückzuführen und die damit verbundene Gefahr, das Gläubiger-
zugriffsvermögen weiteren Aufzehrungen auszusetzen⁶⁶².
Die Möglichkeiten, über das Instrumentarium der Eigenverwal-

⁶⁵⁹ Rattunde, ZIP 2003, S. 2103 ff.; zur Verwalterauswahl s. BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004 - 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01, NZI 2004, S. 574.

⁶⁶⁰ Grub, WM 1994, S. 880; ders., in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichts-
wesen e.V., Köln (Hrsg.), 2000, S. 671 ff.

⁶⁶¹ AG Darmstadt, Beschluss vom 20.02.1999 - 9 IN 1/99, ZIP 1999, S. 1494 f., in
dieser Entscheidung wird der Ausnahmecharakter der Eigenverwaltung in dem
Fall hervorgehoben und eine Anordnung derselben ausgeschlossen, wenn die
Insolvenz auf einer unternehmerischen Fehlentscheidung beruht.

⁶⁶² Graf/Wunsch, ZIP 2001, S. 1033.

tung ein gläubigernahes Verfahren zu installieren, bei dem bis zu einem gewissen Grad eine konstruktive Zusammenarbeit mit dem schuldnerischen Unternehmen noch erhalten bleibt und der eingesetzte Sachwalter nicht die umfassenden Befugnisse eines Insolvenzverwalters besitzt, bleiben nach wie vor wenig genutzt⁶⁶³.

V. Insolvenzprophylaxe und Sanierung im Lichte des Insolvenzrechts

Aus der Bestandsaufnahme zum zwölfjährigen Bestehen der Insolvenzordnung wurde deutlich: Zwölf Jahre Insolvenzordnung sind gleichzusetzen mit zwölf Jahren ungenutzter Sanierungschancen. Es ist nicht gelungen, der Stigmatisierung des Insolvenzverfahrens erfolgreich entgegenzutreten und einem Insolvenzrecht, verstanden als Sanierungsalternative, zum Durchbruch zu verhelfen. Der nicht gelebte Sanierungsgedanke im Insolvenzrecht bzw. die Nichtanwendung der insolvenzrechtlichen Vorschriften in diese Richtung sagen jedoch nichts über deren Sanierungstauglichkeit und Wirksamkeit in der Praxis aus. Demgemäß bleibt offen, ob sie konzeptionell und

⁶⁶³ Pape, ZInsO 2009, S. 6.

instrumental geeignet sind, einer Insolvenzprophylaxe Vorschub zu leisten. Der Mangel an gelebten Beweisen lässt aber auch nicht zwangsnotwendig gegenteilige Schlussfolgerungen zu, wonach für die in Rede stehenden Vorschriften eine Sanierungsuntauglichkeit konstatiert werden kann und damit eine insolvenzprophylaktische Wirkung qua Nichtanwendung schon von vorneherein ausgeschlossen wird.

Insofern ist es ein zielführender Ansatz, die nachfolgenden Ausführungen auf zwei Grundthesen aufzubauen. Erstens: Je früher Unternehmen ihre Chance zur Sanierung ergreifen, desto besser sind ihre Aussichten, Sanierungsmöglichkeiten zu einem Zeitpunkt zu nutzen, an dem die Krise noch nicht ihren Höhepunkt erreicht hat. Und zweitens: Der zielgerichtete Einsatz von Sanierungsmaßnahmen setzt das Erkennen einer Krise unabdingbar voraus. Daraus folgt: Die Elemente Frühzeitigkeit und Erkennbarkeit bedingen einander. Ausgehend von diesen Grundannahmen rückt die insolvenzrechtliche Vorschrift des § 19 InsO mit dem Tatbestand der Überschuldung in das Blickfeld, die im Kern eine Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit unter insolvenzrechtlichen Bedingungen zum Inhalt hat. Der Tatbestand einer Überschuldung ist in der ganz überwiegenden Zahl an Fällen zeitlich der

am frühesten einsetzende Gefährdungstatbestand. Folgt man konsequent den Vorgaben des § 19 i.V.m. § 15a InsO, so besteht bereits zu dem Zeitpunkt, in dem das Vermögen die Schulden auch nur um einen Cent nicht mehr deckt - an dieser Stelle ist die Schuldendeckungsfähigkeit nicht mehr gegeben bzw. die Größe Eigenkapital schon in Gänze aufgezehrt -, eine mögliche Insolvenzantragspflicht und nicht erst dann, wenn keine liquiden Mittel mehr vorhanden sind. Für den Fall, dass es sich bei einer evidenten Überschuldungslage tatsächlich um eine insolvenzrechtliche Überschuldung⁶⁶⁴ handelt, entfällt die Insolvenzantragspflicht nur dann, wenn die Beseitigung ernsthaft und innerhalb von drei Wochen nach Eintritt derselben erfolgreich betrieben wird. Dies setzt jedoch zwangsläufig voraus, dass die Geschäftsleitung zuerst einmal den Zeitpunkt des Eintritts einer bilanziellen Überschuldung im Allgemeinen und einer insolvenzrechtlichen Überschuldung im Besonderen rechtzeitig erkennt und damit überhaupt erst in die Lage versetzt wird, sanierungsorientierte Maßnahmen einzuleiten. Die Vorschrift des § 19 InsO wird daher im Kern nicht nur als reine Definition eines Insolvenzeröffnungsgrundes, sondern auch und primär als eine präventiv wirkende Norm gesehen, die im

⁶⁶⁴ Die insolvenzrechtliche Überschuldung wird im Insolvenzschrifttum mit der rechtlichen Überschuldung gleichgesetzt.

Rahmen einer Analogieprüfung den organschaftlichen Vertretern bereits bei einer sich abzeichnenden Überschuldungslage - also noch bevor das Eigenkapital in Gänze aufgezehrt ist - Warnhinweise aufzeigt, den gebotenen Handlungsbedarf signalisiert und insoweit insolvenzprophylaktisch wirken kann. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein frühzeitiges Handeln eine erfolgreiche Sanierung im Sinne dieser Zielrichtung deutlich erleichtert, dürfte auf der Hand liegen. Im Folgenden wird dargelegt, warum für die Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit die normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften nur bedingt geeignet sind und ein Rückgriff auf das insolvenzrechtliche Instrumentarium des § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung geboten erscheint. Die Frage, ob und wenn ja, wie und in welcher Form die Dokumentations- und Kontrollmöglichkeiten der Schuldendeckungsfähigkeit im deutschen Bilanzrecht verankert sind, rückt mithin in den Blickpunkt des nächsten Kapitels.

D. Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften

Im vorherigen Kapitel wurde untersucht, inwieweit das Insolvenzrecht ein geeignetes Mittel zur Insolvenzprophylaxe und Sanierung von Unternehmen sein kann mit dem Ergebnis, dass allenfalls die insolvenzrechtliche Vorschrift des § 19 InsO mit dem Tatbestand der Überschuldung, der im Kern eine Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit unter insolvenzrechtlichen Bedingungen nach sich zieht, dieser Zielsetzung gerecht werden kann. Losgelöst vom Insolvenzrecht stellt sich nunmehr allerdings die Frage, ob eine adäquate Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit auch mithilfe der normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften bzw. der periodischen Rechnungslegung möglich ist. In diesem Zusammenhang wird nachfolgend zunächst einmal ganz allgemein und grundsätzlich der Begriff der Schuldendeckungsfähigkeit erläutert werden, werden die wesentlichen Elemente zu deren Dokumentation und Kontrolle dargestellt sowie die Methodik der Überprüfung aufgezeigt. Sodann wird vertiefend darzulegen versucht, inwieweit die periodische Rechnungslegung zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit geeignet ist.

ckungsfähigkeit überhaupt geeignet erscheint, insbesondere im Lichte deutscher Bilanztheorien und der historischen Entwicklung des deutschen Bilanzrechts. In diesem Kontext soll belegt werden, dass im Rahmen der periodischen Rechnungslegung eklatante Systemschwächen hinsichtlich einer hinreichend exakten Abbildung der Schuldendeckungsfähigkeit bestehen, so dass eine präventive und ergänzende Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung notwendig wird. Zuvor soll einleitend aufgezeigt werden, dass die Schuldendeckungsfähigkeit als verbindendes und einendes Element von Gläubigerschutz und organschaftlicher Selbstinformationsverpflichtung begriffen werden kann.

I. Die Schuldendeckungsfähigkeit

Im Folgenden werden der Begriff der Schuldendeckungsfähigkeit, die wesentlichen Elemente zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit sowie die damit im Zusammenhang stehende Methodik eingehend erläutert. Ausgangspunkt bildet die Vereinbarkeit von Gläubigerschutz und organschaftlicher Selbstinformationsverpflichtung.

1. Vereinbarkeit von Gläubigerschutz und organschaftlicher Selbstinformationsverpflichtung

Die deutsche handelsrechtliche Rechnungslegung findet ihren Ursprung in der Mitte des 19. Jahrhunderts mit der Aufnahme der Pflichten zur Buchführung und Inventarisierung in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)⁶⁶⁵. Seinerzeit lag der originäre Zweck der Rechnungslegung vornehmlich noch in der Selbstinformationsverpflichtung des Kaufmanns/organschaftlichen Vertreters⁶⁶⁶ zur besseren Kontrolle

⁶⁶⁵ Ambrosius, 2001, S. 107, vgl. hierzu: Ring, 1902.

⁶⁶⁶ Dazu näher unten: E. II. (Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH).

seiner kaufmännischen Tätigkeiten, um im Zweifelsfall einen Konkurs vermeiden zu können⁶⁶⁷. „Liquiditätsschwierigkeiten infolge ungenügender Beobachtung der eigenen Vermögenslage seien relativ häufig anzutreffen. Bei allen Ursachen von Unternehmenszusammenbrüchen spiele die Unkenntnis der Veränderung der Vermögenslage innerhalb einer Serie von Jahren eine wichtige Rolle“⁶⁶⁸. Von einer Konkursprophylaxe profitierten naturgemäß aber auch die Gläubiger eines Unternehmens. „Dem Gläubiger einer Gesellschaft wird am besten dadurch gedient, dass man den Kaufmann dazu anhält, die Entwicklung seines Geschäftes durch eine gute Darstellung des Erfolges zu kontrollieren“⁶⁶⁹. Noch heute betont der Gesetzgeber, insbesondere durch die Insolvenzstrafbestimmungen der §§ 283 ff. StGB, sein besonderes Anliegen, durch das Instrument der Selbstinformationsverpflichtung etwaigen Krisensituationen vorzubeugen und die oftmals damit einhergehenden Schädigungen Dritter zu vermeiden⁶⁷⁰.

Im Laufe der Zeit hat sich jedoch die Zwecksetzung der deutschen handelsrechtlichen Rechnungslegung dahingehend

⁶⁶⁷ Schön, ZHR 1997, S. 135 ff.

⁶⁶⁸ Schmalenbach/Bauer, 1962, S. 25 f.

⁶⁶⁹ Schmalenbach/Bauer, 1962, S. 52.

⁶⁷⁰ Maul, DB 1979, S. 1757 ff.; Mellwig, BB 1979, S. 1409 f.

geändert, dass die Selbstinformationsverpflichtung des Kaufmanns/organschaftlichen Vertreters sukzessive in den Hintergrund gedrängt wurde zu Gunsten eines zunehmenden Gläubigerschutzes⁶⁷¹. Dem stärker akzentuierten Gläubigerschutzgedanken⁶⁷² sollte dadurch entsprochen werden, dass im Rahmen der Bewertung des Vermögens eine gewollt vorsichtige Bewertung mit historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten als Wertobergrenze die bis dahin mögliche Bewertung zu Zeitwerten ablöste. Diese Maßnahme sollte insbesondere zum Schutz der Gläubiger sicherstellen, dass ein bis dato möglicher Ausweis bzw. eine mögliche Ausschüttung unrealisierter Gewinne unterbunden wurde⁶⁷³. Nach wie vor trägt diese in der deutschen handelsrechtlichen Rechnungslegung verankerte Vermeidung der Ausschüttung unrealisierter Gewinne dem Gläubigerschutzgedanken Rechnung⁶⁷⁴. Dies konkretisiert sich unter anderem in der Regelung des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB, wonach das Prinzip der vorsichtigen Bewer-

⁶⁷¹ Schön, ZHR 1997, S. 135 ff.

⁶⁷² Gläubigerschutz als Kernzweck der Bilanz, vgl. hierzu: Mayr, BB 2002, S. 2323 f.; Strobl, StbJb 1994/1995, S. 77 ff.; Kruse, 1978, S. 201 ff.

⁶⁷³ Schön, ZHR 1997, S. 140; Kübler, in: Förtschle (Hrsg.), FS Budde, 1995, S. 363; Rammert, BFuP 2004, S. 580 ff.

⁶⁷⁴ Baetge/Kirsch, in: Küting/Weber (Hrsg.), 2002, S. 6; Beisse, in: Beisse/Lutter/Närger (Hrsg.), FS Beusch, 1993, S. 83; Budde/Steuber, AG 1996, S. 544; Rammert, BFuP 2004, S. 578; Strobl, in: Ballwieser (Hrsg.), FS Clemm, 1996, S. 393.

tung als wesentliche Gewinnermittlungsnorm für die HGB-Kapitalerhaltungsbilanz anzusehen ist⁶⁷⁵.

Auf den ersten Blick scheint die damalige Neuausrichtung der Zwecksetzungen der deutschen handelsrechtlichen Rechnungslegung - von der Selbstinformation hin zur Fremdinformation (Gläubigerschutz) - zu einem Wandel der Informationsadressaten geführt zu haben⁶⁷⁶. Ein Wechsel der Informationsbedürfnisse ist hierin allerdings nicht zu erkennen. Die Selbstinformationsverpflichtungen des Kaufmanns/organschaftlichen Vertreters und der Schutz der Gläubiger stehen im Hinblick auf ihr jeweiliges Informationsbedürfnis vielmehr widerspruchsfrei nebeneinander, soweit die Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit als Insolvenzprophylaxe⁶⁷⁷ begriffen wird⁶⁷⁸. Denn erst eine gezielte Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit macht überprüfbar, inwieweit das Aktivvermögen als Schuldendeckungspotenzial zum jeweiligen Stichtag die Schulden zu de-

⁶⁷⁵ Beisse, in: Beisse/Lutter/Närger (Hrsg.), FS Beusch, 1993, S. 83; ders., in: Ballwieser (Hrsg.), FS Moxter, 1994, S. 15.

⁶⁷⁶ Leffson, 1964, S. 56 ff.

⁶⁷⁷ Moxter, BB 1978, S. 1629 f.

⁶⁷⁸ Kammann, 1988, S. 40, 207.

cken vermag und damit Schuldendeckungsfähigkeit gegeben ist⁶⁷⁹.

Das gemeinsame Ziel der Insolvenzprophylaxe eint also die darauf ausgerichteten Informationsbedürfnisse von organischen Vertretern und allen sonstigen Inhabern finanzieller Anspruchspositionen. Der permanenten oder fallweisen Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit kommt somit in diesem Kontext eine zentrale Rolle zu.

2. Der Begriff der Schuldendeckungsfähigkeit

Die Fähigkeit zur Schuldendeckung besagt, dass ein Unternehmen jederzeit in der Lage muss, seine Schulden aus vorhandenem Vermögen decken zu können. Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit erfolgt hierbei stichtagsbezogen im Rahmen eines „Status“, d.h. die Bilanz steht im Vordergrund der Betrachtung bei der Ermittlung des Vermögens, der Schulden und des Reinvermögens⁶⁸⁰. Ist das Vermögen größer als die Schulden, ergibt sich rechnerisch ein Reinvermögen und Schuldendeckungsfähigkeit ist gegeben,

⁶⁷⁹ Moxter, ZGR 1980, S. 254 ff.

⁶⁸⁰ Bossert/Manz, 1996, S. 6 f.

im umgekehrten Fall bei negativem Reinvermögen liegt Überschuldung vor. Die Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit gibt in aller Regel auch Antwort auf die Frage, ob und inwieweit ein Unternehmen zahlungsfähig bzw. in der Lage ist, seine Schulden fristgerecht begleichen zu können. Die Überprüfung der Zahlungsfähigkeit bzw. die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzantragsgrund knüpft indes unmittelbar an das Insolvenzrecht an⁶⁸¹. Schon allein aus diesem Grund kann die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ein gebotenes Mittel zur Insolvenzprophylaxe sein - in dieser Funktion läge sie auch im öffentlichen Interesse⁶⁸². Daraus ergibt sich, dass im Hinblick auf den Aussagegehalt einer Schuldendeckungskontrolle ein insolvenz- und bilanzrechtlicher Bedeutungsgleichklang besteht.

3. Wesentliche Elemente zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit

Eine verlässliche Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ist nur mit Bilanzen und Finanzplänen darstellbar, soweit sie inhaltlich miteinander verknüpft und aufein-

⁶⁸¹ Uhlenbruck, 1979, S. 34.

⁶⁸² Moxter, 1984, S. 86.

ander abgestimmt sind. Nachfolgend werden nun die hierfür wesentlichen Elemente und ihr Zusammenwirken skizziert:

3.1. Ausgangspunkt Finanzplanung

Die Überprüfung der Zahlungsfähigkeit erfolgt zwar in der Regel stichtagsbezogen, sie lässt sich allerdings verlässlich nur nach den für einen definierten Zeitraum zukünftig gegebenen Einnahmen und Ausgaben beurteilen. Entscheidend dabei ist, die jeweils fälligen Schulden bedienen zu können, wohingegen künftig fällig werdende Schulden auch erst durch künftige Einnahmen gedeckt werden müssen. Der Finanzplan ist ein adäquates Instrument zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit⁶⁸³, da er nach Perioden geordnet die erwarteten Einnahmen den erwarteten Ausgaben gegenüber stellt⁶⁸⁴. Anhand des Verhältnisses von zu erwartenden Einnahmen und zu erwartenden Ausgaben lässt sich schließlich die Schuldendeckungsfähigkeit beurteilen. Die Schulden werden im Finanzplan unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte als Ausgaben erfasst. So gesehen be-

⁶⁸³ Moxter, 1984, S. 86 ff.; ders., 1986, S. 16.

⁶⁸⁴ Witte, in: Kosiol (Hrsg.), 1981, Sp. 544 ff.

deutet Schuldendeckungskontrolle nichts anderes als Ausgabendeckungskontrolle⁶⁸⁵.

3.2. Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz

Bilanzen haben in aller Regel andere Aufgaben wahrzunehmen als Finanzpläne. Demgemäß weichen auch ihre Inhalte voneinander ab. Wie vorstehend erwähnt, können Finanzpläne ihrer Aufgabe zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit dann gerecht werden, wenn sie vollumfänglich die zu erwartenden Einnahmen und zu erwartenden Ausgaben gegenüberstellen. Eine lückenhafte Darstellung birgt indes hohe Risiken in der Beurteilung der Schuldendeckungsfähigkeit⁶⁸⁶. Das Postulat einer umfassenden Gegenüberstellung von zu erwartenden Einnahmen und zu erwartenden Ausgaben kann hingegen von einer Bilanz erfüllt werden, soweit sie als Zerschlagungsbilanz verstanden wird⁶⁸⁷. „Das juristische Prinzip des Gläubigerschutzes fordert gedanklich

⁶⁸⁵ Moxter, 1984, S. 86.

⁶⁸⁶ Moxter, 1984, S. 87.

⁶⁸⁷ Ebd.

zerschlagene Unternehmungen und aus diesem Denkprozess erwachsene Bilanzen⁶⁸⁸. Die Zerschlagungsbilanz dient als aufgabenadäquates Beurteilungsinstrument grundsätzlich der Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit, d.h. sie bildet den für den Fall einer tatsächlichen Unternehmenszerschlagung maßgeblichen Finanzplan ab⁶⁸⁹. In diesem sind die Einnahmen (Zerschlagungsvermögensgegenstände) und Ausgaben (Zerschlagungsschulden) zutreffend zu prognostizieren und gegenüberzustellen⁶⁹⁰. Auch eine „vorsichtsgeprägte“ Zerschlagungsbilanz stellt allein auf die im Zerschlagungsfall zu erwartenden Einnahmen und die zu erwartenden Ausgaben ab. Auch sie repräsentiert einen nur für den Zerschlagungsfall geltenden Finanzplan. Allerdings verkörpert die „vorsichtsgeprägte“ Zerschlagungsbilanz einen ganz speziellen Finanzplan, der, richtig aufgestellt, sämtliche Zerschlagungsvermögensgegenstände und damit Einnahmen sämtlichen Zerschlagungsschulden und damit Ausgaben gegenüberstellt, die bei einer fiktiven Unternehmensauflösung zu erwarten wären. Wenngleich das Konstrukt einer Unternehmensauflösung rein hypothetischer Natur und diese Annahme

⁶⁸⁸ Gutenberg, ZfB 1926, S. 506.

⁶⁸⁹ Dazu näher unten: D. II. 2.1. (Statische Interpretation der Bilanz).

⁶⁹⁰ Moxter, 1984, S. 91; Bossert/Manz, 1996, S. 6.

als schlimmst anzunehmender Fall vorsichtsgeprägt ist, kann die hieraus gewonnene Information über die Schuldendeckungsmöglichkeiten für den Kaufmann/organschaftlichen Vertreter existenziell sein: der Mehrwert liegt in dem Wissen, dass im Notfall bzw. im Rahmen einer Unternehmenserschlagung die Schuldendeckung gewährleistet erscheint⁶⁹¹. Die „vorsichtsgeprägte“ Zerschlagungsbilanz ersetzt jedoch keine umfassende Finanzplanung⁶⁹². Vielmehr hat wegen der jeder Planung inhärenten Unsicherheit ein Finanzplan unter der Annahme unterschiedlicher Zukunftslagen zu erfolgen, also sowohl für positive als auch für weniger aussichtsreiche Unternehmensentwicklungen. Nur so kann die „vorsichtsgeprägte“ Zerschlagungsbilanz - mit erweiterter Finanzplanung - ihrer insolvenzprophylaktischen Funktion gerecht werden⁶⁹³.

3.3. Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der Fortführungsbilanz

Fortführungsbilanzen sind im Gegensatz zu Zerschlagungsbilanzen anders konzipiert, sie basieren auf der Annahme einer

⁶⁹¹ Moxter, 1984, S. 90.

⁶⁹² Vgl. hierzu: Schmalenbach, 1931; Krümmel, ZfB 1964, S. 225 ff.; Langen, ZfB 1965, S. 261 ff.

⁶⁹³ Moxter, 1984, S. 90.

Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit. Die Fortführungsbilanz kann daher im Gegensatz zur Zerschlagungsbilanz nicht als Finanzplan zum Zwecke der Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit umgedeutet werden. Die unter Fortführungsgesichtspunkten ausgewiesenen Aktiven und Passiven können allenfalls als unvollständiger Finanzplan dienlich sein⁶⁹⁴, d.h. sie können zwar als Auslöser künftiger Einnahmen und Ausgaben gelten, eine annähernd vollständige Erfassung ist jedoch nicht darstellbar⁶⁹⁵. Da sich die Fortführungsbilanz an anderen Aufgaben orientiert⁶⁹⁶, sie im Sinne einer stark akzentuierten Erfolgsermittlung⁶⁹⁷ auf Erträge und Aufwendungen basiert - im Gegensatz zu der Zerschlagungsbilanz, die auf Einnahmen und Ausgaben aufbaut⁶⁹⁸ -, ist sie insofern auch nur eingeschränkt zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit geeignet⁶⁹⁹.

Obleich die Fortführungsbilanz lediglich als unvollständiger Finanzplan umgewidmet werden kann, lassen sich dessen

⁶⁹⁴ Moxter spricht in diesem Zusammenhang von einem so genannten „Finanzplan-torso“.

⁶⁹⁵ Moxter, 1984, S. 88.

⁶⁹⁶ Heinen, 1986, S. 157; Moxter, 1984, S. 6 f.

⁶⁹⁷ Dazu näher unten: D. II. 2.2. (Dynamische Interpretation der Bilanz).

⁶⁹⁸ Heinen, 1986, S. 46 ff.

⁶⁹⁹ Moxter, 1984, S. 91.

ungeachtet mit ihrer Hilfe zumindest gewisse Anhaltspunkte über die Schuldendeckungsfähigkeit gewinnen. Anhand der Fortführungsbilanz ist oftmals zu erkennen, wie sich die Schuldendeckungsfähigkeit tendenziell entwickelt⁷⁰⁰. So gibt beispielsweise die negative Entwicklung des bilanziellen Eigenkapitals⁷⁰¹ wichtige Hinweise auf eine etwaig sich anbahnende Unternehmenskrise, da mit rückläufigem bilanziellen Eigenkapital sukzessive die Schuldendeckungsfähigkeit in Gefahr geraten kann. Darüber hinaus kann eine sich verschlechternde Relation zwischen bilanziellem Eigenkapital und Fremdkapital auch Ausdruck einer Liquiditätsanspannung und damit einer abnehmenden Schuldendeckungsfähigkeit sein. Diese Abnahme kann ebenso durch eine drastische Verminderung der liquiden und liquiditätsnahen Mittel (Zahlungsmittelbestände, Forderungen) sichtbar werden wie durch eine sich verschlechternde Relation dieser Mittel zu den kurzfristigen Verbindlichkeiten⁷⁰². Fortführungsbilanzen, die in der zuvor beschriebenen Weise Anhaltspunkte über die Schuldendeckungsfähigkeit geben sollen, müssen allerdings so gegliedert werden, dass sie die Schulden nach ihren Fristigkeitszeitpunk-

⁷⁰⁰ Moxter, 1984, S. 88.

⁷⁰¹ Bilanzielles Eigenkapital/Reinvermögen = Vermögen - Schulden, vgl. hierzu: Bossert/Manz, 1996, S. 6.

⁷⁰² Moxter, 1984, S. 88.

ten getrennt ausweisen, entsprechendes gilt für das nach dem Grad der Liquidierbarkeit gegliederte Vermögen, insbesondere für Forderungen und Ausleihungen. Gleichwohl kann eine an der Unternehmensfortführung orientierte Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva bzw. eine Fortführungsbilanz, auch unter Zuhilfenahme einer liquiditätsorientierten Bilanzgliederung, nur hilfsweise als Instrument der Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit dienen⁷⁰³.

4. Die Methodik der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit

Nachdem der Begriff der Schuldendeckungsfähigkeit und die wesentlichen Elemente zur Dokumentation und Kontrolle derselben bereits hervorgehoben wurden, wird nun im Folgenden die Methodik der Überprüfung aufgezeigt.

4.1. Form der Vermögensdarstellung

Im Rahmen der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit wird bei der Vermögensdarstellung eine Unterscheidung ge-

⁷⁰³ Moxter, 1984, S. 89.

troffen zwischen den Liquidationsbilanzen⁷⁰⁴ und den Liquidationsvorsorge-Bilanzen⁷⁰⁵. Diese Form der Vermögensdarstellung bildet ein aufgabenadäquates Beurteilungsinstrumentarium ab, d.h. Liquidationsbilanzen rekurrieren auf eine tatsächliche Unternehmensauflösung, wohingegen Liquidationsvorsorge-Bilanzen lediglich diesbezügliche Annahmen treffen.

4.1.1. Liquidationsbilanzen

Den Ausgangspunkt zur Erstellung von Liquidationsbilanzen bildet eine reale Unternehmensauflösung bzw. Unternehmensliquidation. Das Bilanzvermögen wird unter Liquidationsgesichtspunkten ermittelt, d.h. auf der Aktivseite werden die Liquidationswertbeiträge (Zerschlagungsvermögensgegenstände) ausgewiesen, auf der Passivseite die Liquidationswertbelastungen (Zerschlagungsschulden). Der Saldo ergibt - so er denn positiv ist - das Liquidations-Nettovermögen. Im Ergebnis

⁷⁰⁴ Liquidationsbilanzen wurden früher als Konkursbilanzen bezeichnet. Beide Begrifflichkeiten werden in dieser Arbeit synonym mit dem Begriff der Zerschlagungsbilanz verwendet, dazu näher oben: D. I. 3.2. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz).

⁷⁰⁵ Liquidationsvorsorge-Bilanzen wurden früher als Konkursvorsorge-Bilanzen bezeichnet. Beide Begrifflichkeiten werden in dieser Arbeit synonym mit dem Begriff der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz verwendet, dazu näher oben: D. I. 3.2. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz).

gibt eine Liquidationsbilanz Auskunft darüber, inwieweit ein Geldbetrag aus dem Unternehmen bei dessen Liquidation herausgelöst werden kann. Dieser Wert determiniert somit den niedrigstmöglichen Ertragswert⁷⁰⁶. Neben der Feststellung der Residualgröße Liquidations-Nettovermögen gibt eine Liquidationsbilanz auch noch Auskunft darüber, inwieweit eine Unternehmensfortführung noch lohnenswert erscheint; eine stille (freiwillige) Unternehmensliquidation⁷⁰⁷ ist im Allgemeinen immer dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn das Liquidations-Nettovermögen größer ist als der Wert des Unternehmens unter Fortführungsgesichtspunkten⁷⁰⁸.

Die stille (freiwillige) Unternehmensliquidation spielt in der Praxis jedoch eine eher untergeordnete Rolle. In aller Regel ist eine nachhaltig ungünstige Unternehmensentwicklung vielmehr Anlass zu einer unfreiwilligen Unternehmensliquidation bzw. Insolvenz. In diesem Fall gibt die Liquidationsbilanz Auskunft darüber, ob die „Gläubigerzugriffsmasse“ (Liquidationswertbeiträge bzw. Zerschlagungsvermögensgegenstände) ausreicht, um die Gläubiger befriedigen bzw. die Schulden

⁷⁰⁶ Moxter, 1982, S. 126.

⁷⁰⁷ Die Liquidation wird im GmbHG geregelt unter §§ 60 GmbHG ff., die Abwicklung im AktG unter §§ 262 ff. AktG.

⁷⁰⁸ Moxter, 1982, S. 126.

(Liquidationswertbelastungen bzw. Zerschlagungsschulden) decken zu können⁷⁰⁹. Die insolvenzrechtlichen Regelungen geben hierbei vor, was innerhalb einer Liquidationsbilanz als Aktivum (Gläubigerzugriffvermögen) und als Passivum (Schulden) ausgewiesen wird⁷¹⁰.

4.1.2. Liquidationsvorsorge-Bilanzen

Liquidationsvorsorge-Bilanzen werden im Gegensatz zu den Liquidationsbilanzen prophylaktisch erstellt, um überprüfen zu können, inwieweit das Unternehmen zu einem vorher festgelegten Stichtag imstande wäre, seine Schulden decken zu können. Das Betriebsvermögen wird hierbei ebenfalls unter Liquidationsgesichtspunkten ermittelt. Liquidationsvorsorge-Bilanzen sind insbesondere für Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung wichtig, da sich deren Haftung lediglich auf das Unternehmensvermögen beschränkt und Anteilseigner nicht mit ihrem Privatvermögen für die Schulden des Unternehmens einzustehen haben. Die Haftungsbeschränkung einerseits, aber auch die Gefahr von Vermögensübertragungen in Krisenzeiten aus dem haftenden Bereich (Unternehmen) in

⁷⁰⁹ Moxter, 1982, S. 127.

⁷¹⁰ Vgl. hierzu: Förster, 1972; vgl. hierzu: Fluch, 1961; vgl. hierzu: Plate, 1979.

den nicht haftenden Bereich der Anteilseigner (Privatbereich) andererseits determinieren das Erfordernis, für die Gläubiger ein gewisses Mindesthaftungsvermögen zu sichern⁷¹¹. Dieser Sicherungsfunktion kann am besten dadurch entsprochen werden, dass Vermögen und Schulden prophylaktisch nach den Regeln einer Liquidationsvorsorge-Bilanz bewertet und gegenübergestellt werden⁷¹².

4.2. Ausweis und Bewertung von Vermögen und Schulden

Die handelsrechtliche Bilanz ist vorrangig eine Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden. Die Besonderheiten von Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen liegen - im Gegensatz zu handelsrechtlichen Bilanzen - funktionsbedingt in einer durch die (fiktive) Beendigung der Unternehmenstätigkeit bestimmten Erfassung bzw. Ausweis (Bilanzie-

⁷¹¹ Dazu näher oben: B. III. 2.3. (Stammkapital - Haftungsmasse für die Gläubiger).
⁷¹² Moxter, 1982, S. 128.

zung dem Grunde nach)⁷¹³ und Bewertung (Bilanzierung der Höhe nach)⁷¹⁴ von Vermögen und Schulden.

4.2.1. Liquidationsdeterminierte Bilanzierung dem Grunde nach

Die Frage nach der Schuldendeckungsfähigkeit zu einem bestimmten Stichtag wird sowohl bei Liquidationsbilanzen als auch bei Liquidationsvorsorge- Bilanzen anhand einer Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden geklärt. Die Bilanzierung dem Grunde nach respektive der Ausweis des jeweiligen Bewertungsobjekts⁷¹⁵ richtet sich dabei grundsätzlich nach seiner Ansetzbarkeit, d.h. nur was einzelveräußerbar ist, wird angesetzt. Die Eigenschaft, dass ein Bewertungsobjekt „einzelbeschaffbar“ ist, oder einzeln „abgehen“ kann, genügt hingegen nicht⁷¹⁶. Das Kriterium der Einzelveräußerbarkeit von Bewertungsobjekten wird allerdings wesentlich beeinflusst durch die Liquidationsintensität, d.h. im Rahmen einer Totalli-

⁷¹³ Welche Güter müssen oder dürfen dem Grunde nach in der Bilanz aufgenommen werden, d.h. wie bestimmt sich der Bilanzinhalt und - erfolgswirksam - der Inhalt der GuV, vgl. hierzu: Bossert/Manz, 1996, S. 125 ff.

⁷¹⁴ Mit welchem Wert sind die Güter in der Bilanz auszuweisen, vgl. hierzu: Bossert/Manz, 1996, S. 125 ff.

⁷¹⁵ Bewertungsobjekte sind sowohl Vermögen als auch Schulden.

⁷¹⁶ Moxter, 1982, S. 128.

quidation können Bewertungsobjekte wertvoll/wertlos sein, wohingegen bei einer Teilliquidation das Gegenteil der Fall sein kann. Am Beispiel der Belegschaftsqualität als mögliches Aktivum eines Unternehmens wird die unterschiedliche Wertbeimessung deutlich: Die Qualität der Belegschaft ist kein Bewertungsobjekt und nicht einzelveräußerbar. Im Rahmen einer Totalliquidation zählt sie demnach auch nicht zum Vermögen. Allerdings kann für den Fall einer Teilliquidation, in der bestimmte Betriebsteile unzerschlagen veräußert werden, die Qualität der Belegschaft möglicherweise genau der kaufentscheidende Faktor sein, der für einen potenziellen Käufer von Interesse ist. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die Voraussetzung als ansetzbares Bewertungsobjekt bzw. Aktivum gegeben⁷¹⁷. Hieran wird deutlich, dass die Liquidationsintensität es unter Umständen erforderlich macht, Bewertungsobjekte zu bilanzieren, die im „Normalfall“ nicht einzelveräußerbar sind. Der Kreis der zu aktivierenden Bewertungsobjekte wird in aller Regel bei einer Liquidationsbilanz größer ausfallen als bei einer Liquidationsvorsorge-Bilanz, da die ihr (der Liquidationsvorsorge-Bilanz) aus Gründen der Vorsicht zugesprochene Schutzfunktion von einem schlechtest anzunehmenden Zu-

⁷¹⁷ Ebd.

stand ausgeht und demzufolge nur die tatsächlich einzelveräußerbaren Bewertungsobjekte erfasst werden⁷¹⁸.

Die besondere Funktion von Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen beeinflusst auch die Erfassung von Schulden bzw. sonstiger zu passivierender Bewertungsobjekte. So werden im Rahmen einer Liquidationsbilanz auch Belastungen erfasst, die unter der Annahme einer regulären Unternehmensfortführung im Regelfall nicht auftreten: Hierbei handelt es sich insbesondere um Kosten, die mit der Erstellung eines Sozialplans im Sinne des § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG anfallen, aber auch um Kosten, die durch die vorzeitige Auflösung von Dauerschuldverhältnissen entstehen. Die Passivierung solcher liquidationsspezifischer Kosten ist notwendig, um das Liquidations-Nettovermögen zutreffend erkennen zu können⁷¹⁹. Oftmals lassen sich jedoch die Schulden, die sich bei einer zwangsweisen Liquidation ergeben oder bei einer angeordneten ergeben könnten, nicht zuverlässig bestimmen. Insofern wird der Kreis der zu passivierenden Bewertungsobjekte - im Gegensatz von zu aktivierenden Bewertungsobjekten - in aller Regel bei einer Liquidationsbilanz kleiner ausfallen als bei

⁷¹⁸ Moxter, 1982, S. 129.

⁷¹⁹ Moxter, 1982, S. 129.

einer Liquidationsvorsorge-Bilanz, da mit Rücksicht auf deren Schutzfunktion im Zweifel auch die nicht zuverlässig quantifizierbaren Schulden zu erfassen sind⁷²⁰.

Die Frage, ob Bewertungsobjekte innerhalb einer Liquidationsbilanz oder einer Liquidationsvorsorge-Bilanz zu erfassen sind, wird zudem noch durch den angedachten Stichtag der Erstellung und die sich auf diesen Zeitpunkt beziehenden Gegebenheiten determiniert. Es ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob ein wie auch immer gearteter Sachverhalt das Vermögen und/oder die Schulden erhöhen bzw. belasten würde. Beabsichtigte und/oder bereits eingeleitete Maßnahmen (schwebende Geschäfte) müssen in diesem Sinne bilanziell beurteilt werden⁷²¹.

4.2.2. Liquidationsdeterminierte Bilanzierung der Höhe nach

Vermögensgegenstände und Schulden werden hinsichtlich ihres Bewertungsansatzes sowohl bei Liquidationsbilanzen als auch bei Liquidationsvorsorge- Bilanzen mit ihren jeweiligen

⁷²⁰ Ebd.

⁷²¹ Moxter, 1982, S. 130.

Einzelveräußerungswerten angesetzt. Der Einzelveräußerungswert für ein Bewertungsobjekt ergibt sich aus seinen erzielbaren Einnahmen bzw. aus seinen aufzuwendenden Ausgaben⁷²². Vermögensgegenstände lassen sich jedoch im Gegensatz zu Schulden wertmäßig nur in den seltensten Fällen verlässlich beziffern. Das Erschwernis, die geeigneten bzw. belastbaren Wertansätze für Immobilier- und Mobiliervermögen zu definieren, hat vielerlei Ursachen: Einerseits fehlt es den Bilanzierenden häufig an der entsprechenden Erfahrung im Umgang mit einer realen bzw. angedachten Liquidationssituation und den oftmals kaum vorhersehbaren Besonderheiten, andererseits nehmen auch die Liquidationsintensität und Liquidationsdauer erheblichen Einfluss auf die Wertfindung. In der Mehrzahl beruhen daher die Wertansätze für Vermögensgegenstände in Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen auf subjektiven Schätzungen⁷²³. Subjektive Schätzungen beinhalten naturgemäß immer das Element der Unsicherheit, so dass im Hinblick auf verlässlichere Wertansätze für Vermögensgegenstände auf objektivierbare Veräußerungswerte zurückgegriffen werden sollte, da diese weniger ermessensabhängig sind. „Der objektive Veräuße-

⁷²² Moxter, 1982, S. 131.

⁷²³ Moxter, 1982, S. 131.

rungswert ist der juristisch einzig mögliche und konsequente Bilanzwert⁷²⁴. In diesem Kontext wird in aller Regel auf den steuerlichen gemeinen Wert im Sinne des § 9 Abs. 2 BewG bzw. den marktbezogenen beizulegenden Zeitwert im Sinne des § 255 Abs. 4 HGB abgestellt. Der Rückgriff auf objektivierte Veräußerungswerte kann aber immer nur der Ausgangspunkt einer Analyse der zu erwartenden Schuldendeckungsfähigkeit sein. Vielmehr muss versucht werden, die auf Basis von objektivierten Veräußerungswerten erstellte Liquidationsbilanz und Liquidationsvorsorge-Bilanz dahingehend zu ergänzen, dass zusätzliche Informationen berücksichtigt werden, die anhand von prognostizierten Wahrscheinlichkeiten deutlich machen, inwieweit noch mit weiteren in der Bilanz bislang nicht ausgewiesenen Vermögensgegenständen und Schulden zu rechnen ist. Zudem ist es notwendig, die ermittelten Wertansätze auf ihren Realisierungsgrad im Falle einer tatsächlichen Insolvenz hin zu überprüfen. Erst eine so erweiterte Liquidationsbilanz und Liquidationsvorsorge-Bilanz vermag das gesamte Liquidationsspektrum und mit diesem die Wahrscheinlichkeit einer Schuldendeckungsfähigkeit anzugeben⁷²⁵.

⁷²⁴ Gutenberg, ZfB 1926, S. 506.

⁷²⁵ Moxter, 1982, S. 135.

Auch in Fragen der Bewertung gibt es einen Unterschied zwischen Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen: Die den Liquidationsvorsorge-Bilanzen bekanntermaßen zugewiesene Schutzfunktion manifestiert sich in einem vorsichtsgeprägten Bewertungsansatz, d.h. der objektivierte Veräußerungswert wird bei diesem Bilanzierungsansatz im Zweifel eher niedriger angesetzt werden. Stehen mehrere objektivierte Veräußerungswerte zur Auswahl, wird hiervon der niedrigste berücksichtigt. Aus Vereinfachungserwägungen dient als Orientierungsmaßstab der Anschaffungswert als Wertobergrenze. Er kann aber auch Wertuntergrenze sein, wenn der objektivierte Veräußerungswert darüber liegt⁷²⁶. Generell lässt sich hieraus aber ableiten, dass bei Vermögensgegenständen im Zweifel stets der niedrigere Wertansatz gewählt wird, um eine Überbewertung des Schuldendeckungspotenzials zu verhindern. Die Schulden werden im Gegensatz dazu im Zweifel immer mit dem höheren Wert bilanziert. Beides, die Vermögensunterbewertung und die Schuldenüberbewertung, führen zu einer (erwünschten) vorsichtsgeprägten Beurteilung der Schuldendeckungsfähigkeit⁷²⁷.

⁷²⁶ Moxter, 1982, S. 132.

⁷²⁷ Moxter, 1984, S. 91.

4.3. Die Residualgröße einer Schuldendeckungskontrolle

Das sich aus einer Schuldendeckungsfähigkeitskontrolle ergebende Residuum kann - im positiven Fall - als Liquidationswert-Zuwachs oder als Liquidations-Nettovermögen interpretiert werden.

4.3.1. Liquidationswert-Zuwachs

Der Gewinn entspricht in Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen dem in einer Rechnungsperiode erfolgten Liquidationswert-Zuwachs. Der Liquidationswert-Zuwachs gibt an, wie sich das unter der Annahme einer endgültigen Unternehmensauflösung gegebene Vermögen verändert würde. Dabei stellt jedwede Form eines Vermögenszuwachses bis zur tatsächlichen Unternehmensauflösung eine „fiktive“ Größe dar. Daraus folgt, dass dieser zunächst als Fiktion verstandene Gewinn erst mit der finalen Unternehmensauflösung dem „wirklichen“ Gewinn entspräche, wobei in diesem Zusammenhang wiederum fraglich ist, ob es den „wirklichen“ Gewinn überhaupt gibt. Diese Frage kann indes verneint werden, da es in aller Regel nur eine auf subjektiven Schätzungen beru-

hende Wahrscheinlichkeitsverteilung möglicher Gewinne gibt⁷²⁸. Das Ausmaß der Wahrscheinlichkeitsverteilung möglicher Gewinne wird jedoch immer durch die Zwecksetzung der Gewinnermittlung determiniert, d.h. am Beispiel der Handels- oder Steuerbilanz reduziert er sich in der Regel auf nur eine Gewinngröße. Demnach hängt es vom Zweck der Gewinnermittlung ab, inwieweit der Gewinn eher „vorsichtig“ oder eher „unvorsichtig“ ermittelt wird. Daraus folgt: „richtige“ Gewinne sind zweckadäquate Gewinne⁷²⁹. Die Zweckadäquanz des Liquidationswert-Zuwachses liegt in seiner Aufgabe, Ausschüttungen „vorsichtig“ zu bemessen, d.h. die Höhe der Ausschüttungen hat sich grundsätzlich am realisierten Liquidationswert-Zuwachs zu orientieren. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich insbesondere bei Gesellschaften mit Haftungsbeschränkungen, da der mit der Haftungsbeschränkung einhergehenden Mehrgefährdung für Gläubiger am ehesten dadurch begegnet werden kann, dass die Ausschüttungen vom Vorhandensein eines gewissen Mindest-Liquidationswerts (Mindest-Zugriffvermögen) abhängig gemacht werden⁷³⁰.

⁷²⁸ Moxter, 1982, S. 136.

⁷²⁹ Ebd.

⁷³⁰ Moxter, 1982, S. 133.

4.3.2. Liquidations-Nettvermögen

Anstatt den sich in einer Rechnungsperiode in Liquidationsbilanzen und Liquidationsvorsorge-Bilanzen ergebenden Gewinn als Liquidationswert-Zuwachs zu interpretieren, kann auch das ermittelte Liquidations-Nettvermögen in seiner Gesamtheit als Gewinn aufgefasst werden. Das Liquidations-Nettvermögen charakterisiert den Überschuss des Vermögens - im Sinne von Gläubigerzugriffsmasse - über die Schulden. Die Gläubigerzugriffsmasse bezieht sich demnach nur auf den Teil des Vermögens, der zur Schuldendeckung erforderlich ist. Ein darüber hinaus gehendes Vermögen ist frei disponibel, beispielsweise in Form von Ausschüttungen. Obgleich das Liquidations-Nettvermögen zwar vom Liquidationswert-Zuwachs abhängt, sind beide Größen in aller Regel nicht gleichzusetzen; nur für den Fall, dass am Periodenanfang ein Liquidationswert von 0 Geldeinheiten (GE) gegeben war, entspricht das am Periodenende sich ergebende Liquidations-Nettvermögen dem Liquidationswert-Zuwachs. Anders sieht es bei folgendem Beispiel aus: Am Periodenanfang beträgt das Vermögen 100 GE, die Schulden 70 GE, mithin ergäbe sich ein Liquidations-Nettvermögen von 30 GE. Am Periodenende hat sich das Vermögen auf 120 GE erhöht, die

Schulden auf 80 GE. Das Liquidations-Nettovermögen betrüge nun 40 GE. Der Liquidationswert-Zuwachs würde allerdings nur bei 10 GE liegen, da dieser lediglich die jährlich eingetretene Veränderung widerspiegelt. Daraus folgt, dass der als Liquidations-Nettovermögen interpretierte Gewinn eine statische Gewinngröße im engsten Sinne darstellt, die zwar keinerlei Auskünfte über Veränderungen gibt, die aber gleichwohl geeignet ist, als gegebener Überschuss des Vermögens über die Schulden in einem Vermögensstatus die Schuldendeckungsfähigkeit abzubilden⁷³¹. Das Liquidations-Nettovermögen bzw. das Delta zwischen Vermögen und Schulden entspricht so als rechnerisches Residuum der Eigenkapitalgröße eines Unternehmens⁷³².

⁷³¹ Moxter, 1982, S. 138.

⁷³² Dazu näher oben: B. III. 2.1. (Die betriebswirtschaftliche und buchhalterisch-bilanzielle Dimension des Eigenkapitals).

II. Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit im Rahmen der periodischen Rechnungslegung

In den bisherigen Ausführungen wurde bereits herausgearbeitet, dass zur Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit zwei zentrale Fragestellungen von entscheidender Bedeutung sind: Was determiniert ein Bewertungsobjekt und wie wird es bewertet? Die Bilanzierung dem Grunde und der Höhe nach nimmt demnach maßgeblich Einfluss auf die Fähigkeit, die Schuldendeckung eines Unternehmens verlässlich - im Sinne von zutreffend - dokumentieren und damit auch kontrollieren zu können. Im Rahmen der periodischen Rechnungslegung sind aber gerade diese Abgrenzungsfragen - was und wie ein Bewertungsobjekt bestimmt und bewertet wird - von der formellen und materiellen Ausgestaltung der Rechnungslegung abhängig. Entscheidend dabei ist die Tatsache, dass die periodische Rechnungslegung und damit auch ihre Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften unterschiedlich ausgestaltet sein können. Dementsprechend kann auch der Aussagegehalt zur Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens lediglich relativer Natur und damit nur unpräzise sein. Die Begründung

hierfür liegt in den unterschiedlichen Zwecksetzungen von Bilanzen, die wiederum Ausdruck sind von unterschiedlichen Bilanzadressaten und deren Informationsbedürfnissen. Mit diesen unterschiedlichen Zwecksetzungen haben sich nicht nur die Bilanztheorien intensiv auseinandergesetzt, sie haben ebenso die Entwicklung des deutschen Bilanzrechts maßgeblich geprägt. Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ist hierbei nur eine von vielen originären Bilanzaufgaben, die jedoch als Folge einer Entwicklung hin zu einer gesetzgeberseitig gewollten bilanziellen Multifunktionalität sukzessive in den Hintergrund geraten ist. Im Folgenden werden nun die unterschiedlichen Zwecksetzungen von Bilanzen als Ursprung dieser Entwicklung dargestellt. Sodann wird aufgezeigt, inwieweit sich die bilanztheoretischen Denkansätze und das deutsche Bilanzrecht mit der Schuldendeckungsfähigkeit auseinandergesetzt haben und wie diese originäre Bilanzaufgabe im Rahmen eines allen Seiten gerecht werden wollenden Prozesses „legislatorischer Kompromisse“ sukzessive aufgegeben wurde. Die Darstellung dieser Entwicklung soll aufzeigen, warum die periodische Rechnungslegung nur bedingt geeignet sein kann, die Schuldendeckung eines Unternehmens verlässlich dokumentieren und damit auch kontrollieren zu können.

1. Die Bilanzgestaltung als Ausfluss unterschiedlicher Bilanzadressaten und Zwecksetzungen

Im Rahmen der periodischen Rechnungslegung⁷³³ können die Empfehlungen zu Bilanzierungs- und Bewertungsfragen sowie zur strukturellen Gestaltung einer Bilanz zum Teil erheblich voneinander abweichen. Dies ist vor allen Dingen auf die Vielzahl unterschiedlicher Bilanzzwecke zurückzuführen⁷³⁴. Ein Umstand, der allerdings im Hinblick auf eine systematische Ordnung der Rechnungsziele Schwierigkeiten bereitet. Kausal sind hierfür mehrere Faktoren verantwortlich: Zum einen führen verschiedene Betrachtungsebenen zwangsläufig zu unterschiedlichen Zwecksetzungen, die sich letztlich in unterschiedlichen Bilanzarten widerspiegeln, zum anderen fehlt es an der erforderlichen Präzision bei der Zweckformulierung⁷³⁵. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Bilanzinformationen die Entscheidungsgrundlage für unterschiedliche Bilanzinteressenten mit arteigenen Informationsbedürfnissen bilden, d.h.

⁷³³ Gemeint ist in diesem Zusammenhang die periodisch zu erstellende Bilanz bzw. der Jahresabschluss.

⁷³⁴ Le Coutre, in: Nicklisch (Hrsg.), 1957, S. 1173; ders., 1949, S. 25; Engels, 1962, S. 177 ff.; Stützel, ZfB 1967, S. 314 ff.; Feuerbaum, WPg 1970, S. 426 ff.

⁷³⁵ Engels, 1962, S. 179.

die „Beschreibung des Unternehmensgeschehens in Bilanzen hat immer im Hinblick auf zukünftige Entscheidungen der Informationsempfänger zu erfolgen“⁷³⁶. Diese zum Teil gleichlaufenden, zum Teil divergierenden und sich bisweilen sogar konfliktär gegen-überstehenden Informationsanforderungen an eine Bilanz führen allerdings notgedrungen zu einer aufgabenbedingten Mehrfunktionalität⁷³⁷. Infolgedessen können die gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften auch nur einen Kompromiss zwischen den unterschiedlichsten Zwecksetzungen der Bilanzen darstellen⁷³⁸. Demzufolge unterliegen auch die aus einer mehrfunktionalen Bilanz gewonnenen Informationen gewissen Einschränkungen. Nachfolgend werden nun die unterschiedlichen Bilanzadressaten mit den jeweiligen ihnen zuzuordnenden Bilanzzwecken kurz dargestellt.

1.1. Unterschiedliche Bilanzadressaten

Der Kreis möglicher Bilanzadressaten ist so groß wie vielschichtig. Zu den Informationsempfängern bilanzieller Daten zählen beispielsweise Anteilseigner und Unternehmensleitung,

⁷³⁶ Heinen, 1986, S. 25.

⁷³⁷ Giersberg, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.11.2010.

⁷³⁸ Heinen, 1986, S. 102.

Prüfungs-, Überwachungs- und Beratungsorgane, Gerichte und Rechtsvertreter, Finanzverwaltung, Sozialversicherungsträger, Kunden und Lieferanten, Mitbewerber, private Investoren, Öffentlichkeit etc. Die einzelnen Interessenlagen können demzufolge sehr unterschiedlich sein, von Fall zu Fall aber auch im Einklang miteinander stehen. In Abhängigkeit von den zu fällenden Entscheidungen und dem jeweiligen Informationsstand stehen für Bilanzadressaten in aller Regel einmal mehr sachliche, zum anderen mehr rechtliche Gesichtspunkte im Vordergrund. Ein gemeinsames Interesse an identischen Bilanzauskünften, die sich lediglich in Umfang und Tiefe unterscheiden, ist ebenso denkbar. Der Grad an informationsbezogener Offenlegung wird dann zumeist noch durch den rechtlichen Anspruch der Bilanzadressaten beeinflusst⁷³⁹.

1.2. Unterschiedliche Zwecksetzungen periodischer Bilanzen

Die handelsrechtliche Bilanz dient in erster Linie als Informationsinstrument⁷⁴⁰. Ihre Aufgaben können daher angesichts unterschiedlichster Interessenlagen und Informationsansprü-

⁷³⁹ Heinen, 1986, S. 26.

⁷⁴⁰ Heinen, 1986, S. 103.

che konfliktär sein, was - isoliert betrachtet - zu sehr abweichenden Bilanzinhalten führen kann. In diesem Zusammenhang gibt der Gesetzgeber jedoch unzweifelhaft zu erkennen, dass nur eine (einzige) Handelsbilanz aufzustellen ist. Eine Vielzahl an Handelsbilanzen, die allesamt den jeweiligen Bilanzaufgaben gerecht werden sollen, ist daher weder erwünscht noch gewollt⁷⁴¹. Aus dieser gesetzgeberseitig getroffenen Festlegung ergibt sich allerdings die zwingende Konsequenz, dass eine (einzige) Handelsbilanz die unterschiedlichsten Bilanzzwecke abzubilden hat. Ausgehend von dieser gewollten Mehrfunktionalität lassen sich die Zwecksetzungen von Bilanzen wie folgt systematisieren: Aus der Sicht des Gesetzgebers liegt der Bilanzzweck in der Interessenwahrung bestimmter Personengruppen, die durch rechtliche Vorschriften zur Bilanzgestaltung aufrechterhalten werden soll. Der Versuch, die Interessen bestimmter Personengruppen über eine bilanzielle Umsetzung zu wahren, spiegelt sich folglich in den unterschiedlichen Zwecksetzungen von Bilanzen wider: Gläubigerschutz, Aktionärsschutz, Schutz des Unternehmens an sich, Besteuerungsgrundlage sowie die Sicherung des Rechtsverkehrs⁷⁴². Externe Bilanzadressaten, wie beispielsweise

⁷⁴¹ Moxter, 1984, S. 156.

⁷⁴² Heinen, 1986, S. 102.

Banken, Lieferanten, Kunden, Berater und die allgemeine Öffentlichkeit hegen ebenfalls Informationserwartungen an eine Bilanz. Diese betreffen vorwiegend den ausschüttbaren Gewinn, die Liquiditätslage, die Kreditwürdigkeit, die gegenwärtige und künftige Unternehmensentwicklung etc. Auch für das Unternehmen selbst, die Bilanzerstellerin, ist die Bilanz eine wichtige Informationsquelle, die für interne Zwecke als unternehmensinternes Entscheidungsinstrument brauchbare Daten liefern soll⁷⁴³.

Die unterschiedlichen Zwecksetzungen von Bilanzen werden aber nicht nur beeinflusst von den Bilanzadressaten mit ihren jeweiligen Informationsbedürfnissen. Das betroffene Unternehmen selbst nimmt als die bilanzerstellende Partei erheblichen Einfluss auf die Gestaltung einer Bilanz und damit letztlich auch auf den Bilanzzweck. Die Bilanzerstellerin kann im Rahmen der Rechenschaftslegung die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestverpflichtungen erfüllen oder aber darüber hinausgehende Informationen zur Verfügung stellen⁷⁴⁴. Insoweit ist die Bilanz für das Unternehmen bzw. die Bilanzerstellerin ein Mittel, um nach außen hin gezielt Informationspolitik zu

⁷⁴³ Heinen, 1986, S. 103.

⁷⁴⁴ Heinen, 1986, S. 26.

betreiben. Die Möglichkeit einer gezielten Informationspolitik eröffnet sich, da der Bilanz- erstellerin im Rahmen der Rechenschaftslegung grundsätzlich Gestaltungsspielräume zur Verfügung stehen, die allerdings im Zweifelsfall auch manipulativ genutzt werden können. Am Beispiel einer Publikumsge-
sellschaft, deren Finanzierungssituation maßgeblich von den Verhaltensweisen externer Organisationsteilnehmer bestimmt wird, wird deutlich, wie manipulativ Bilanzen sein können, wenn es darum geht, über die Bilanzgestaltung und -
bewertung von Seiten der Unternehmensleitung eine Informa-
tionspolitik zu betreiben, die auf dem Kapitalmarkt ein günsti-
geres Finanzierungsklima schaffen soll (Bilanzpolitik)⁷⁴⁵. Somit besteht die Möglichkeit, Bilanzinhalt und -gestaltung den Er-
wartungen der Interessenten so anzupassen, dass sie deren Entscheidung beeinflussen können, um so die unternehmens-
politischen Zielsetzungen zu verwirklichen. „Hier erfüllt die Bilanz eine Instrumentalfunktion zur Verhaltensbeeinflussung der an der Unternehmung interessierten Gruppe“⁷⁴⁶. Die Bilanz ist mithin kein objektiv neutrales Gebilde, sie wird vor allen Dingen durch ihre Zwecksetzungen geprägt, die sich aus den

⁷⁴⁵ Heinen, 1986, S. 103; dazu näher unten: D. II. 4. (Der Prozess der Globalisierung des deutschen Bilanzrechts und seine Auswirkungen auf die bilanzielle Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit).

⁷⁴⁶ Heinen, 1986, S. 26.

Informationsanforderungen der Bilanzadressaten und den Zielen der Bilanzersteller ableiten⁷⁴⁷.

2. Die Schuldendeckungsfähigkeit im Lichte der deutschen Bilanztheorien

Mit den unterschiedlichen Zwecksetzungen von Bilanzen haben sich schon die Bilanztheorien intensiv auseinandergesetzt. Insoweit sind auch die Ausgangspunkte der jeweiligen Theorien vergleichsweise sehr verschieden, wenn es um die formale Erklärung einer Bilanz, den verfolgten Bilanzzweck und damit einhergehend auch um den zeitlichen Bezug von Bilanzmodellen geht⁷⁴⁸. Einigkeit besteht zumindest in der allgemeinen Festlegung, dass die handelsrechtliche Bilanz eine Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva zum Zwecke der Vermögens- und/oder Gewinnermittlung darstellt. Was jedoch als Aktivum und Passivum anzusetzen ist und wie diese zu bewerten und zu gliedern sind, bestimmt sich nach der Frage, wozu die Vermögens- und/oder Gewinnermittlung zu erfolgen hat. Bilanztheorien versuchen hierbei grundsätzlich zu klären, „welchen Sinn und Zweck Vermögens- und/oder Gewinner-

⁷⁴⁷ Heinen, 1986, S. 27.

⁷⁴⁸ Heinen, 1986, S. 36.

mittlungen haben können und welche Bilanznormen eine sinn- und zweckadäquate Bilanzierung gewährleisten“⁷⁴⁹. Trotz verschiedenartigster Ansätze ist es allerdings bislang noch nicht gelungen, ein allgemein gültiges und anerkanntes Ordnungsschema der Bilanztheorien zu entwickeln⁷⁵⁰. Die Uneinheitlichkeit der einzelnen Bilanztheorien als Ausfluss ihrer divergierenden Philosophien spiegelt sich insbesondere in den unterschiedlichen Bilanzaufgaben wider. Die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ist hierbei nur eine von vielen originären Bilanzaufgaben. Im Folgenden werden die themenrelevanten Bilanztheorien in ihren Kernaussagen vorgestellt und daraufhin geprüft, ob und inwieweit sie Berührungspunkte zur Schuldendeckungsfähigkeit und ihrer insolvenzprophylaktisch notwendigen Dokumentation und Kontrolle aufweisen bzw. diese unmittelbar oder mittelbar thematisieren.

⁷⁴⁹ Moxter, 1984, Einführung, S. 1.

⁷⁵⁰ Le Coutre, in: Nicklisch (Hrsg.), 1957, S. 1153 ff.; Feuerbaum, 1966, S. 8 ff.; Lehmann, ZfB 1955, S. 537 ff.; Sykora, 1949, S. 184 ff.; Holzer, 1936, S. 62 ff.; Kosiol, in: Beckerrat/Brinkmann/Gutenberg (Hrsg.), 1959, S. 222 ff.

2.1. Statische Interpretation der Bilanz

Den Vertretern der statischen Bilanztheorien zufolge⁷⁵¹ liegt die Aufgabe der Bilanz primär in der Darstellung der Vermögenslage⁷⁵², wobei anhand eines bilanziellen Status stichtagsbezogen feststellbar sein soll, inwieweit das Unternehmen fähig ist, seine Schulden aus vorhandenem Vermögen decken zu können⁷⁵³; m.a.W. es erfolgt eine Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit. In der statischen Bilanztheorie liegt der Schwerpunkt folglich in der bilanziellen Darstellung (Dokumentation) und damit automatisch auch in der Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit⁷⁵⁴. Bilanzinformativ steht insoweit die Ermittlung des Reinvermögens (Vermögen - Schulden), des bilanziellen Eigenkapitals, im Vordergrund. Im Gegensatz dazu ist die Gewinn- und Verlustrechnung von eher untergeordneter Bedeutung⁷⁵⁵ und wird daher auch als Sekundäraufgabe der Bilanz bezeichnet⁷⁵⁶. Die Erfolgsermittlung dokumentiert nach der statischen Interpretation lediglich, wodurch sich

⁷⁵¹ Begründer der Statik: vgl. hierzu: Simon, 1886; vgl. hierzu: Nicklisch, 1932; vgl. hierzu: Le Coutre, 1934.

⁷⁵² Heinen, 1986, S. 36.

⁷⁵³ Bossert/Manz, 1996, S. 6.

⁷⁵⁴ Moxter, 1984, S. 86.

⁷⁵⁵ Bossert/Manz, 1996, S. 6.

⁷⁵⁶ Heinen, 1986, S. 37.

die betrieblich veranlasste Veränderung des Reinvermögens/bilanziellen Eigenkapitals zwischen zwei Bilanzstichtagen ergeben hat. In dieser Funktion dient die Vermögensbilanz zwangsläufig auch der Gewinnermittlung, da der Gewinn in der Statik als Vermögenszuwachs verstanden wird⁷⁵⁷. Eine Kernaussage der statischen Bilanzlehre lautet: „Wer den Gewinn richtig ermitteln will, muss das Vermögen richtig ermitteln“⁷⁵⁸. Die statische Bilanztheorie weist demnach der Bilanz die Aufgabe zu, das Vermögen des Unternehmens unter dem Primat der Schuldendeckungsfähigkeit zu ermitteln und zweckmäßig zu gliedern. Der Umstand, dass der Vermögensbegriff hierbei unterschiedlich weit gefasst werden kann, führt bei der Ermittlung des Vermögens folglich zu mehreren Ausprägungen, d.h. entweder wird das Vermögen als Gesamtwert des Unternehmens oder durch Addition der einzelnen Werte der Vermögensgegenstände ermittelt⁷⁵⁹. In dieser unterschiedlichen Werterfassung spiegeln sich die beiden zentralen Anschauungen der statischen Bilanztheorie wider, die jedoch im Hinblick auf ihre Informationsausrichtung bzw. ihre jeweils getroffene Annahme gravierende Unterschiede aufweisen. Die

⁷⁵⁷ Moxter, 1984, S. 5.

⁷⁵⁸ Ebd.

⁷⁵⁹ Heinen, 1986, S. 37.

Vertreter der so genannten Zerschlagungsstatik wollen das Vermögen unter der Annahme einer Unternehmenszerschlagung ermittelt wissen, wohingegen die Vertreter der so genannten Fortführungsstatik von der Annahme einer Unternehmensfortführung ausgehen⁷⁶⁰.

Als Leitbild einer vermögensorientierten Bilanzierung dient bei den Vertretern der Zerschlagungsstatik die Fiktion einer Unternehmenszerschlagung mittels Liquidation oder Insolvenz⁷⁶¹. Infolgedessen wird bei diesem theoretischen Ansatz das Bilanzvermögen als Gläubigerzugriffvermögen im Sinne eines Zerschlagungsvermögens verstanden. Der Vermögensbegriff bezieht sich hierbei nicht auf die Ermittlung des Gesamtwerts des Unternehmens, sondern auf die additive Darstellung der einzelbewerteten Wirtschaftsgüter, d.h. es dominiert das Prinzip der (vorsichtsgeprägten) Einzelbewertung⁷⁶². Dabei ist das Vermögen im Zweifel wegzulassen oder unterzubewerten, wohingegen Schulden eher anzusetzen oder überzubewerten

⁷⁶⁰ Moxter, 1984, S. 6.

⁷⁶¹ Moxter, 1984, S. 27; dazu näher oben: D. I. 3.2. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz).

⁷⁶² Heinen, 1986, S. 37.

sind⁷⁶³. Das als Gläubigerzugriffvermögen interpretierte Zerschlagungsvermögen soll hierbei die bei einer angenommenen Liquidation/Insolvenz verfügbare Deckungsmasse zur Befriedigung der Gläubigeransprüche widerspiegeln⁷⁶⁴. Zum Zwecke der Insolvenzprophylaxe soll somit das Verhältnis von Zerschlagungsvermögen und Zerschlagungsschulden bilanziell Auskunft über die Schuldendeckungsfähigkeit geben können⁷⁶⁵.

Als Leitbild einer vermögensorientierten Bilanzierung dient bei den Vertretern der Fortführungsstatik die Unternehmensfortführung. Diesem Leitbild liegt die Annahme zu Grunde, dass sich der Kaufmann bei der jährlichen Bilanzierung weniger dafür zu interessieren hat, welches Gläubigerzugriffvermögen sein Unternehmen bei einer Liquidation oder Insolvenz verkörpert, als vielmehr dafür, welchen Wert das Unternehmen bzw. dessen Vermögen für ihn darstellt. Insoweit steht hier nicht das Gläubigerzugriffvermögen, sondern das Kaufmannsvermögen im Mittelpunkt der Betrachtung. Aus diesem Grunde dürfe bei der jährlichen Bilanzierung auch nur eine Vermö-

⁷⁶³ Moxter, 1984, S. 27; dazu näher oben: D. I. 4. (Die Methodik der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit).

⁷⁶⁴ Moxter, 1984, S. 6 ff.

⁷⁶⁵ Moxter, 1984, S. 27.

gensermittlung zu Grunde gelegt werden, die auf einer Unternehmensfortführung beruhe, solange eine realistische Annahme dafür bestehe⁷⁶⁶. In der Fortführungsstatik werden Vermögen und Schulden unter der Prämisse der Unternehmensfortführung weiter gefasst⁷⁶⁷. Die Schulden sind dabei grundsätzlich zu ihrem Nennwert zu passivieren. Liegt der wirkliche Wert der Schulden unterhalb des Nennwerts, wird dies durch die Aktivierung eines Disagios in Höhe des sich ergebenden Deltas ausgeglichen, liegt er darüber, muss dementsprechend ein Agio passiviert werden⁷⁶⁸. Das Vermögen bzw. Fortführungsvermögen eines Unternehmens wird hingegen durch den potenziellen Preis für das gesamte Unternehmen (Unternehmenswert) bestimmt, der wiederum abhängig ist von den künftig zu erwartenden Reinerträgen. Der Unternehmenswert wird so zum Ertragswert⁷⁶⁹. Damit ist grundsätzlich alles, was einen Ertragswertbeitrag erwarten lässt und somit künftig ertragswirksam werden kann, ein Vermögensgegenstand im Sinne der Fortführungsstatik⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ Moxter, 1984, S. 6. Diese Annahme hat sich heute durchgesetzt. Nach geltendem Bilanzrecht ist bei der Bewertung der im Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände und Schulden gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit („going concern“) auszugehen.

⁷⁶⁷ Bossert/Manz, 1996, S. 7.

⁷⁶⁸ Moxter, 1984, S. 22.

⁷⁶⁹ Moxter, 1984, S. 7.

⁷⁷⁰ Moxter, 1984, S. 11.

Allerdings bereitet in der Fortführungsstatik gerade die bilanzielle Bestimmung des Fortführungsvermögens Schwierigkeiten, da erhebliche Probleme darin bestehen, die Ertragswertbeiträge und damit die Vermögensgegenstände zu konkretisieren. In der Zerschlagungsstatik ist die Konkretisierung der Vermögensgegenstände im Gegensatz dazu entschieden einfacher, weil greifbarer. Vermögensgegenstände im Sinne des Zerschlagungsvermögens sind alle Gegenstände, die einem Beitrag an dem vom Unternehmen insgesamt verkörperten Zerschlagungserlös entsprechen, d.h. jeder Vermögensgegenstand weist für sich betrachtet einen Zerschlagungserlös aus⁷⁷¹. „Nur der in bares Geld effektiv umsetzbare Wert kann zur Deckung der Schulden in Betracht kommen“⁷⁷². Das Einzelveräußerungsprinzip ist Wesen der Zerschlagungsbilanz⁷⁷³ und damit Orientierungsmaßstab für die Schuldendeckungskontrolle eines Unternehmens⁷⁷⁴. In dieser Zielsetzung manifestiert sich das Prinzip des Gläubigerschutzes mit der Tendenz, Vermögen mit Veräußerungs- oder Realisierungswerten zu bewerten⁷⁷⁵. Vermögensgegenstände im Sinne des Fortführ-

⁷⁷¹ Moxter, 1984, S. 8.

⁷⁷² v. Strombeck, ZGH 1882, S. 473; Schneider, ZfbF 1976, S. 735 ff.

⁷⁷³ Moxter, 1984, S. 86.

⁷⁷⁴ Moxter, 1984, S. 91.

⁷⁷⁵ Heinen, 1986, S. 37.

rungsvermögens hingegen bringen bei isolierter Betrachtung keinen Ertrag, sie sind nur in ihrer Gesamtheit imstande, einen Beitrag zu den Ertragserwartungen, die das Unternehmen verkörpert, zu leisten⁷⁷⁶. Da sich Fortführungsbilanzen grundsätzlich an anderen Aufgaben orientieren⁷⁷⁷, besteht auch nur eine beschränkte Tauglichkeit, die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens beurteilen zu können⁷⁷⁸.

2.2. Dynamische Interpretation der Bilanz

Die Vertreter der dynamischen Bilanztheorie⁷⁷⁹ weisen der Bilanz die Aufgabe der Erfolgsermittlung zum Zwecke einer angemessenen Unternehmenssteuerung zu⁷⁸⁰. Anders als die statische Bilanztheorie akzentuiert sie damit den Bilanzzweck der Erfolgsermittlung und stellt die Bedeutung der Bilanz für interne Bilanzadressaten heraus⁷⁸¹. In der dynamischen Bi-

⁷⁷⁶ Moxter, 1984, S. 8.

⁷⁷⁷ Dazu näher oben: D. I. 3.3. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der Fortführungsbilanz).

⁷⁷⁸ Moxter, 1984, S. 91.

⁷⁷⁹ Begründer der Dynamik: vgl. hierzu: Schmalenbach, ZfhF 1908, S. 81 ff.; ders., ZfhF 1910, S. 379 ff.; ders., ZfhF 1915, S. 379 ff.; ders., ZfhF 1919, S. 1 ff.; ders., 1926.

⁷⁸⁰ Walb, 1926, S. 29; Hauck, 1933, S. 51; vgl. hierzu: Münstermann, 1941; Kosiol, 1949, S. 44; vgl. hierzu: Muscheid, 1957; Lehmann, ZfB 1955, S. 537 ff.; vgl. hierzu: Lehmann, 1963.

⁷⁸¹ Heinen, 1986, S. 45.

lanztheorie ist mithin der Periodenerfolg Maßstab der Wirklichkeit und Mittel zur Unternehmenssteuerung. Er ergibt sich aus der Differenz zwischen periodisierten Erträgen und periodisierten Aufwendungen, wobei die Erträge für den Wertezuwachs und die Aufwendungen für den Werteverzehr stehen⁷⁸². Die Erträge wiederum werden abgeleitet aus den Einnahmen, die Aufwendungen aus den Ausgaben, d.h. aus dynamischer Sicht knüpft die Erfolgsfeststellung an Einnahme- und Ausgabebezüge an⁷⁸³. Unter der Annahme, dass die Rechnungsperiode eines Unternehmens mit seiner Gesamtlebensdauer (Zeitraum: Gründung bis Liquidation) übereinstimmen würde, „könnte die Totalerfolgsrechnung des Unternehmens als reine Einnahmen- und Ausgabenrechnung erstellt werden, da jeder Ertrag mit einer entsprechenden Einnahme und jeder Aufwand mit einer entsprechenden Ausgabe verbunden wäre“⁷⁸⁴. Eine Totalerfolgsrechnung ist indes nicht darstellbar, da aufgrund gesetzlicher Vorschriften und zur Sicherung der unternehmerischen Disposition die Totalperiode in einzelne überschaubare Zeitabschnitte bzw. in Rechnungsperioden zu zerlegen ist. Einnahmen und Ausgaben lassen sich hierbei allerdings nicht

⁷⁸² Bossert/Manz, 1996, S.9.

⁷⁸³ Heinen, 1986, S. 45.

⁷⁸⁴ Bossert/Manz, 1996, S.10.

mehr verursachungsgemäß den einzelnen Perioden zurechnen, wenn es darum geht, den Periodenerfolg „richtig“ auszuweisen. Daher kann im Sinne der dynamischen Bilanztheorie der „richtige“ Erfolg einer Rechnungsperiode nicht über Einnahme- und Ausgabenströme, sondern nur über die in dieser Periode angefallenen Erträge und Aufwendungen ermittelt werden. Realgüterbewegungen, die mit Einnahmen und Ausgaben verbunden sind, müssen, soweit sie über die laufende Periode hinaus gehen, jeweils abgegrenzt und den entsprechenden Perioden zugewiesen werden⁷⁸⁵. Die Bilanz hat innerhalb der dynamischen Bilanztheorie demnach die Aufgabe, erfolgsunwirksame Einnahmen und Ausgaben sowie die noch nicht zu Einnahmen und Ausgaben gewordenen Erträge und Aufwendungen abzubilden⁷⁸⁶, wohingegen die Gewinn- und Verlustrechnung die erfolgswirksamen Einnahmen bzw. Erträge und die erfolgswirksamen Ausgaben bzw. Aufwendungen darstellt. Der Gewinn- und Verlustrechnung wird insofern eindeutig eine Vorrangstellung gegenüber der Bilanz eingeräumt, da sie den Erfolg mit den ihn determinierenden einzelnen Er-

⁷⁸⁵

Ebd.

⁷⁸⁶

Heinen, 1986, S. 46.

trags- und Aufwandskomponenten ausweist, wohingegen die Bilanz darüber nur summarisch Auskunft gibt⁷⁸⁷.

Der dynamischen Bilanztheorie liegt die Annahme zu Grunde, dass die Unkenntnis über die Vermögenslage eines Unternehmens eine gewichtige Rolle in der Ursachenforschung für Unternehmenszusammenbrüche spielt. Der Bilanz kommt dabei die Aufgabe zu, die Entwicklung der Vermögenslage und des Geschäftserfolgs überprüfbar darzulegen⁷⁸⁸. Allerdings wird in der dynamischen Bilanztheorie auch die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber mit der Darstellung der Lage des Vermögens nicht die Darstellung der Höhe des Vermögens meine, da „das wirkliche Vermögen des Kaufmanns“⁷⁸⁹ bzw. „der Wert seines Geschäfts“⁷⁹⁰ nicht durch die Bilanz ermittelt werden kann. „Durch bilanzmäßige Addition der einzelnen Aktiva und Abzug der Passiva gewinnt man den Wert eines Unternehmens nicht und daher auch nicht das Vermögen des Kaufmanns“⁷⁹¹. Wenngleich sich das wirkliche Vermögen nach den Grundsätzen der dynamischen Bilanztheorie

787

Ebd.

788

Schmalenbach/Bauer, 1962, S. 25.

789

Ebd.

790

Ebd.

791

Schmalenbach/Bauer, 1962, S. 28.

nicht ermitteln lässt, so ist dessen ungeachtet zumindest ein aussagefähiger Gewinn feststellbar, d.h. durch eine zweckentsprechende Bilanzierung lässt sich eine Gewinngröße definieren, die imstande ist, etwas über die Entwicklung der Vermögenslage und des Geschäftserfolgs auszusagen⁷⁹². Allerdings ist es gerade diese zweckentsprechende Bilanzierung, die bewertungsbedingte Verzerrungen des Bilanzvermögens notwendig macht, um einen unverzerrten Gewinn zu ermitteln. „In diesem Sinne muss man die Grundthese der Dynamik, Gewinnermittlung statt Vermögensermittlung, verstehen“⁷⁹³. Die starke Konzentration auf die Erfolgsrechnung führt konsequenterweise dazu, dass Bilanzaufgaben, die primär an das Vermögen anknüpfen, vernachlässigt werden, insbesondere die gläubigerschützende Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit spielt in der dynamischen Bilanztheorie keine Rolle⁷⁹⁴.

⁷⁹² Moxter, 1984, S. 30.

⁷⁹³ Moxter, 1984, S. 47.

⁷⁹⁴ Moxter, 1984, S. 48.

2.3. Organische Interpretation der Bilanz

Die Vertreter der organischen Bilanztheorie⁷⁹⁵ sehen das Unternehmen als Zelle „im Organismus der Gesamtwirtschaft“⁷⁹⁶, d.h. im Hinblick auf bilanzielle Bewertungsfragen findet ein organischer Zusammenhang zwischen dem Unternehmen und der volkswirtschaftlichen Entwicklung Berücksichtigung⁷⁹⁷. Diese eher gesamtwirtschaftlich geprägte Betrachtungsweise definiert den Gewinn als eine Größe, die sich nur dann ergibt, sofern das Unternehmen mindestens in der Lage ist, durch am Markt generierte Erlöse seine relative Stellung in der Produktion der Gesamtwirtschaft zu behaupten⁷⁹⁸. In der organischen Bilanztheorie wird ein dualistischer Ansatz vertreten, d.h. innerhalb einer Bilanz sollen sowohl das richtige Vermögen als auch der richtige Gewinn ermittelt werden, da unterstellt wird, dass die Korrektheit des Gewinns nur mittels einer richtigen Vermögensrechnung abgebildet werden könne⁷⁹⁹. Insoweit sprechen die Vertreter der organischen Bilanztheorie auch von

⁷⁹⁵ Begründer der Organik: vgl. hierzu: Schmidt, 1921; vgl. hierzu: Enderlen, 1936; Henzel, ZfB 1952, S. 135 ff.; Hasenack, DBW 1932, S. 55 ff.

⁷⁹⁶ Schmidt, 1929, S. 47.

⁷⁹⁷ Heinen, 1986, S. 62.

⁷⁹⁸ Schmidt, 1929, S. 139.

⁷⁹⁹ Schmidt, 1929, S. 81 ff.

einer so genannten Universalbilanz, die allen Aufgaben gerecht werden soll⁸⁰⁰.

Als zentrales Postulat der organischen Bilanztheorie verfolgt die Erfolgsrechnung den Zweck, den materiellen Bestand des Unternehmens bzw. dessen Substanz zu erhalten⁸⁰¹. Diesem Erfordernis kann nach der Theorie allerdings nicht über eine Bewertung zu Anschaffungskosten entsprochen werden, so dass hier das Tageswertprinzip zur Anwendung kommt. Daraus folgt, dass in der Gewinn- und Verlustrechnung Preisänderungen ihre Berücksichtigung finden, um eine Betriebserhaltung in ihrem realen Zustand sicherzustellen⁸⁰². Erfolg wird dabei als eine aus der Umsatztätigkeit herrührende Größe verstanden, die sich aus der Differenz zwischen Verkaufspreis und Wiederbeschaffungspreis am Umsatztag ergibt⁸⁰³. „Gewinn werde nur erzielt, wenn die Unternehmung beim Umsatz für ein ausgehendes Gut mehr erhält als dieses Gut im Zeitpunkt des Ausgangs bei der Neubeschaffung oder Neuherstellung kostet, einerlei welcher Geldbetrag früher bei seiner An-

⁸⁰⁰ Moxter, 1984, S. 59.

⁸⁰¹ Busse von Colbe, in: Seischab/Schwantag (Hrsg.), 1960, Sp. 5310 ff.

⁸⁰² Moxter, 1984, S. 58.

⁸⁰³ Heinen, 1986, S. 64.

schaffung einmal gezahlt worden ist“⁸⁰⁴. Das Tageswertprinzip findet auch Anwendung bei der Vermögensermittlung. Es wird in diesem Kontext als entscheidender Schritt zur Bilanzwahrheit interpretiert, mit der Begründung, dass die Summe aller Tagesbeschaffungswerte dem Reproduktionswert eines Unternehmens entspricht⁸⁰⁵. Der Reproduktionswert gilt hierbei als Richtschnur für die Substanzerhaltung, d.h. er soll Antwort auf die Frage geben, welcher Kapitalbetrag zum Bilanzstichtag notwendig ist, um das Unternehmen in seiner augenblicklichen Form aufzubauen. Er soll somit „den Herstellungswert der ganzen Unternehmung für den Bilanztag und die Summe von Kapital, die in ihm verkörpert ist“⁸⁰⁶, repräsentieren. In diesem Sinne präferiert die organische Bilanztheorie statt der üblichen anschaffungswertorientierten Vermögens- und Gewinnermittlung einen zeitwertorientierten Ansatz⁸⁰⁷.

In der organischen Bilanztheorie führt die starke Akzentuierung auf die Substanzerhaltungsrechnung gerade im Rahmen der Erfolgsrechnung dazu, dass der Gewinn lediglich einem an der Substanzerhaltung gemessenen Überschuss entspricht,

⁸⁰⁴ Schmidt, 1929, S. 77.

⁸⁰⁵ Moxter, 1984, S. 58.

⁸⁰⁶ Schmidt, 1929, S. 74.

⁸⁰⁷ Moxter, 1984, S. 59.

der zwar imstande ist, die ursprüngliche Substanz, nicht aber, das ursprüngliche Nominalkapital zu erhalten⁸⁰⁸. Die sich hieraus ergebende Problematik für eine Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit wird an folgendem Beispiel sichtbar: Bei einem Verkauf zu 60 GE würde sich bei einem Tagesbeschaffungswert von 50 GE ein Gewinn von 10 GE ergeben, ungeachtet der Tatsache, dass die Ware ursprünglich zu 100 GE (Anschaffungskosten) angeschafft worden war. Der fiktive Gewinn orientiert sich demnach an der reinen Substanzerhaltung. Bei einer Orientierung an der Nominalkapitalerhaltung (Geldkapital) würde sich jedoch ein anderes Bild ergeben: Dem Verkauf zu 60 GE stünden Investitionen in Waren von 100 GE gegenüber, was einen Verlust von 40 GE zur Folge hätte. Unter Nominalkapitalgesichtspunkten würde demnach ein Gewinn nur dann entstehen, wenn der Verkauf zu einem Preis über 100 GE gelänge und somit das eingesetzte Nominalkapital (Geldkapital) erhalten bliebe. Die Substanzerhaltung rekurriert in diesem Beispiel auf die Erhaltung des Warenbestands, wohingegen die Nominalkapitalerhaltung auf die Erhaltung des ursprünglich eingesetzten Geldbetrags abzielt⁸⁰⁹. Für die Dokumentation und Kontrolle der

⁸⁰⁸ Moxter, 1984, S. 69.

⁸⁰⁹ Moxter, 1984, S. 56.

Schuldendeckungsfähigkeit ist diese Unterscheidung insoweit von Bedeutung, als dass im Rahmen einer solchen Prüfungshandlung Schulden immer zu Nominalwerten zu erfassen sind⁸¹⁰. Bei einer Substanzerhaltungsbetrachtung können sich aber Differenzbeträge beim Vermögen ergeben - Delta zwischen Anschaffungskosten und Tagesbeschaffungswerten -, die bei niedrigeren Tagesbeschaffungswerten passivisch auszuweisende Wertänderungsposten zur Folge hätten; die Darstellung der Schulden wäre mithin verzerrt.

2.4. Antibilanzkonzeptionen

Die bilanztheoretischen Diskussionen zwischen den Verfechtern der einzelnen Bilanztheorien und ein daraus sich entwickelnder Meinungsstreit kamen nie in Gänze zum Erliegen. Als Folge hieraus wurden nach und nach neuere bilanztheoretische Ansätze entwickelt⁸¹¹. Eine dieser neueren Denkrichtungen spiegelt sich in den so genannten Antibilanzkonzeptionen wider. Die Antibilanzkonzeptionen stellen eine Möglichkeit dar, die traditionelle Bilanzierungspraxis auszudehnen, indem sie die buchhalterische Nachrechnung mit der finanzwirtschaftli-

⁸¹⁰ Moxter, 1984, S. 76.

⁸¹¹ Heinen, 1986, S. 70.

chen Zahlungsstromübersicht verbindet. Konzeptionell sollen, da in den Antibilanzkonzeptionen der Informationsgehalt von Bilanzen, insbesondere für externe Adressaten, eher niedrig eingeschätzt wird, die herkömmlichen Bilanzrechnungen durch finanzwirtschaftliche Informationsinstrumente in Form von Finanzrechnungen ersetzt werden⁸¹². Die Vertreter der Antibilanzkonzeptionen postulieren, dass die Zweckmäßigkeit der in der Bilanztheorie und im Bilanzrecht entwickelten Bilanzierungsprinzipien danach zu beurteilen ist, inwieweit diese imstande sind, Aufschluss über die künftigen Zahlungsströme geben zu können, da unterstellt wird, dass sich das Informationsbedürfnis von in- und externen Adressaten primär auf die künftig zu erwartenden Nettoauszahlungen richtet. Insoweit hätten sich auch die Bilanzierungsregeln an diesen Informationsbedürfnissen zu orientieren⁸¹³. Die Vertreter der Antibilanzkonzeptionen vertreten die These, dass ihr methodischer Ansatz gerade von einer Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung nur unzureichend bis gar nicht erbracht werden kann, da diese Instrumente für gänzlich andere Aufgaben konzipiert wurden. Durch ihren Vergangenheitsbezug seien Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung zudem unvollständig, da sie

⁸¹² Moxter, ZfbF 1966, S. 28 ff.; Busse von Colbe, ZfB 1966, S. 82 ff.

⁸¹³ Heinen, 1986, S. 91.

keinerlei Prognosen über künftige Zahlungsströme enthielten und demzufolge auch nicht imstande wären, einen Einblick in die Liquiditätslage des Unternehmens zu vermitteln⁸¹⁴. Zahlungsströme ließen sich nur anhand einer detaillierten (langfristigen) Finanzplanung abbilden⁸¹⁵. Obgleich die Vertreter der Antibilanzkonzeptionen die Notwendigkeit einer Bilanz per se in Frage stellen, so ist doch ihre Zahlungsstromorientiertheit auch ein Wesensmerkmal der Schuldendeckungskontrolle, da im Sinne einer zahlungsstromorientierten Rechnungslegung sowohl Bilanz als auch Finanzplan zu Zwecken einer insolvenzprophylaktischen Funktion aufeinander aufbauen⁸¹⁶.

3. Die Schuldendeckungsfähigkeit im Lichte des deutschen Bilanzrechts

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Bilanz im Ergebnis ein Informationsinstrument darstellt, das, je nach Interessenlage, die unterschiedlichsten Funktionen zu erfüllen hat. Der Gesetzgeber hat sich dementsprechend, anders als die Bilanztheoretiker, für eine Mehrfunktionalität entschieden,

⁸¹⁴ Heinen, 1986, S. 92.

⁸¹⁵ Moxter, 1984, S. 45.

⁸¹⁶ Dazu näher oben: D. I. 3.2. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz).

einzelne bilanztheoretisch entwickelte Ansätze aufgegriffen und ein Zweckkonglomerat geschaffen, das unter den Bedingungen einer globalisierten Ökonomie EU-weit harmonisiert und internationalen Standards angepasst wurde. Die wesentlichen Reformschritte lassen sich dabei wie folgt charakterisieren:

- Aktienrechtsreform von 1965 (National)
- EG-Basisrichtlinien (EU-Harmonisierung)
- Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG) von 1985 (EU-Harmonisierung)
- Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) von 2004 (Internationalisierung, 1. Schritt)
- Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009 (Internationalisierung, 2. Schritt)

Im Folgenden werden nun die einzelnen Reformschritte im Zeitablauf kurz dargestellt, um sodann aufzuzeigen, inwieweit die bilanzielle Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit, insbesondere im Hinblick auf Ansatz, Ausweis und Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden, Eingang in das deutsche Bilanzrecht gefunden hat. Wie bereits dargelegt, nimmt die Bilanzierung dem Grunde und der Höhe nach maß-

geblich Einfluss auf die Fähigkeit, die Schuldendeckung eines Unternehmens verlässlich - im Sinne von zutreffend - dokumentieren und damit auch kontrollieren zu können. Bei der Darstellung der einzelnen Reformschritte wird eine Differenzierung vorgenommen zwischen dem „alten“ prä-internationalen und dem heute gültigen deutschen Bilanzrecht, das, bedingt durch die fortschreitende Internationalisierung, einem steten Wandel und Anpassungsprozess unterworfen ist. Die Differenzierung erscheint zweckmäßig, um trennscharf die erst mit dem Prozess der Globalisierung des deutschen Bilanzrechts einhergehenden gravierenden Veränderungen aufzeigen zu können.

3.1. Das deutsche Bilanzrecht prä-internationaler Prägung im Kontext der EU-Harmonisierung

Das deutsche Bilanzrecht hat sich im letzten Jahrhundert, insbesondere binnen der letzten 20 Jahre, einschneidend verändert. Inhaltlich war diese Veränderung vornehmlich auf eine stetig zunehmende Akzeptanz internationaler Abschlüsse und Normen für Teilzwecke der deutschen Rechnungslegung zurückzuführen. Dieser Prozess entsprach anfänglich dem Bedürfnis, weite Teile des Gesellschaftsrechts und die Sprache

der Rechnungslegung, gerade vor dem Hintergrund problembehafteter grenzüberschreitender Kommunikation, zu harmonisieren⁸¹⁷. Mit dem Inkrafttreten der so genannten „Römischen Verträge“⁸¹⁸ sollten die Handelshemmnisse beseitigt werden, um damit eine gemeinsame Wirtschaftspolitik im Rahmen der europäischen Integration zu fördern⁸¹⁹. Obgleich in diesen Verträgen eine entsprechende Annäherung der Rechnungslegungsvorschriften keine explizite Erwähnung fand, ging diese jedoch automatisch mit der intendierten Harmonisierung des Gesellschaftsrechts einher⁸²⁰. Insofern diente die Harmonisierung der Rechnungslegungsvorschriften letztlich auch „der Verwirklichung des Vertragsziels“⁸²¹.

Auf europäischer Ebene sind die Grundsätze zur Rechnungslegung in den Regelungskanon vieler einzelner Richtlinien eingegangen, die allgemein auf die Zielsetzung der Schaffung

⁸¹⁷ Zwirner, 2007, S. 110.

⁸¹⁸ Am 25.03.1957 unterzeichneten die an der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS, Montanunion) beteiligten Staaten die Verträge über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), vgl. hierzu: Clausen, AG 1986, S. 145; Forster, AG 1979, S. 1.

⁸¹⁹ Skaupy, AG 1966, S. 13 ff.; Elmendorff, WPg 1967, S. 621. Am 01. u. 02.12.1969 fassten die Staats- und Regierungschefs der EG auf ihrem Gipfeltreffen in Den Haag unter anderem den Beschluss zur stufenweisen Einführung einer Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) bis 1980, vgl. hierzu: Adebahr/Maenning, 1987, S. 372.

⁸²⁰ Van Hulle, WPg 2003, S. 969.

⁸²¹ Niehues, WPg 2001, S. 1210.

eines gemeinsamen Wirtschafts- und Währungsraums abstellen⁸²². Insbesondere die Umsetzung der 4., 7. und 8. EG-Richtlinie galt als der entscheidende Schritt in der Phase der Harmonisierung der europäischen Rechnungslegung⁸²³. Die Transformation dieser Richtlinien in das deutsche Bilanzrecht fand mit dem Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG) ihren Abschluss⁸²⁴. „Bis heute stellt die Umsetzung der von der EG verabschiedeten Basisrichtlinien zur Rechnungslegung die wesentliche Grundlage der aktuellen nationalen Rechnungslegung in Deutschland dar“⁸²⁵. Ihren Ausgangspunkt nahm die Phase der Harmonisierung jedoch mit dem Aktiengesetz von 1965, das in vielen Bereichen eine Vorbildfunktion für die 4. EG-Richtlinie hatte⁸²⁶.

3.1.1. Das Aktiengesetz von 1965

Die Reform des Aktienrechts wurde auf der politischen Ebene forciert⁸²⁷, insbesondere nachdem sich seit der Nachkriegszeit die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Ver-

⁸²² Zwirner, 2007, S. 127.

⁸²³ Zwirner, 2007, S. 111.

⁸²⁴ Ebd.

⁸²⁵ Ebd.

⁸²⁶ Claussen, AG 1986, S. 153.

⁸²⁷ Claussen, AG 1986, S. 146.

hältnisse in Deutschland geändert hatten. Primäres Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Aktienrechtsreform das breite Interesse der Bevölkerung an der Aktie zu wecken, um hierüber neue Finanzierungsmöglichkeiten für Unternehmen zu eröffnen⁸²⁸. Zudem intendierte der Gesetzgeber, die bis zu diesem Zeitpunkt mangelnde Publizitätsfreudigkeit deutscher Aktiengesellschaften stärker in das Bewusstsein der Öffentlichkeit zu rücken⁸²⁹. Das Aktiengesetz wurde am 11.09.1965 verkündet und trat mit dem entsprechenden Einführungsgesetz am 01.01.1966 in Kraft⁸³⁰. Inhaltlich erfuhren die Rechnungslegungsvorschriften eine wesentliche Erweiterung. So wurden unter anderem die Kompetenzen der Aktionäre, des Vorstands⁸³¹ und der Aufsichtsratsausschüsse⁸³² geändert, die

⁸²⁸ Wilhelmi, AG 1965, S. 153.

⁸²⁹ Havermann, WPg 1963, S. 193. Bereits während der Weltwirtschaftskrise zum Ende der 20ziger Jahre des vorigen Jahrhunderts wurde offenkundig, dass ein Aktienrecht notwendig sei, welches sich an die widrigsten wirtschaftlichen Umstände anpasst, um die mit einer Krise einhergehenden Missstände zu beheben bzw. einzuschränken; vgl. hierzu: Jagenburg, AG 1965, S. 157. Dies galt umso mehr, als die Beliebigkeit in der Bilanzerstellung in jenen Tagen zunahm. „Jedermann ist bekannt, dass heute infolge der schweren Depression viele Geschäftsleute, auch durchaus ehrenwerte Geschäftsleute, ihre Bilanzen ein wenig frisieren. Sie tun dies meist in der Absicht, sich nicht selbst zu sehr deprimieren zu lassen, aber auch wohl in der Absicht, einem Kapitalgeber ein einigermaßen gefälliges Bild vorzulegen“; Schmalenbach, ZfH 1933, S. 232; Clemm, WPg 1989, S. 357 ff. Eine Ansicht, die auch mehr als 70 Jahren später nichts an Richtigkeit und Realitätsbezug verloren hat; vgl. hierzu: Zwirner, 2007, S. 116.

⁸³⁰ BGBl. 1965 I S. 1089; Selch, WPg 2000, S. 357; Busse von Colbe, AG 1966, S. 269.

⁸³¹ Geßler, AG 1965, S. 344 f.

Regelungen zur Feststellung des Jahresüberschusses und zur Gewinnverwendung reformiert, sowie die Vorschriften zur Publizität verbessert⁸³³. Die Stellung des Aktionärs als Eigentümer des Unternehmens wurde ferner mit erweiterten Auskunftsrechten gestärkt. Auch wurde der Schutz der Minderheitsaktionäre durch die Vorschriften über verbundene Unternehmen erweitert, welche zudem erstmalig Bestimmungen zur Konzernrechnungslegung beinhalteten⁸³⁴. Allerdings bezog sich die damalige Konsolidierungspflicht vorerst nur auf inländische und nicht auf ausländische Konzernunternehmen. Insoweit war die Konzernrechnungslegung ein rein national fokussiertes Konstrukt⁸³⁵. Die bereits bei der ersten Aktienrechtsreform von 1937⁸³⁶ gesetzlich verankerten Bewertungsprinzipien, insbesondere das Prinzip, Vermögensgegenstände vorsichtig zu bewerten⁸³⁷, wurden, trotz teilweiser Anpassungen, grundlegend auch im Aktiengesetz von 1965 beibehalten⁸³⁸.

⁸³² Janberg, AG 1966, S. 1 ff.

⁸³³ Goerdeler, in: Moxter/Müller/Windmüller/v. Wysocki (Hrsg.), FS Forster, 1992, S. 235 ff.

⁸³⁴ Busse von Colbe, AG 1966, S. 269; Kropff, BB 1965, S. 1281 ff.

⁸³⁵ Havermann, WPg 1981, S. 568 f.

⁸³⁶ Aktiengesetz vom 30.01.1937, RGBl. 1937, S. 107.

⁸³⁷ Zwirner, 2007, S. 120.

⁸³⁸ Mutze, AG 1965, S. 3 ff.; Esser, AG 1965, S. 315 ff.

Insgesamt sollte mit diesen veränderten und zum Teil strengeren Regelungen das Aktiengesetz zu einer verbesserten Informationsvermittlung und damit zu mehr Bilanzwahrheit führen⁸³⁹. Allerdings bestand durch einen Wechsel der Rechtsform jederzeit die Möglichkeit, die verschärften Vorschriften zu umgehen⁸⁴⁰. Diese Umgehungsmöglichkeiten wurden jedoch durch das Publizitätsgesetz (PublG), welches am 15.08.1969⁸⁴¹ in Kraft trat und zum Schutz der Gläubiger, zur Information der Öffentlichkeit und zur Kontrolle der Unternehmen erlassen wurde⁸⁴², weitgehend abgeschafft⁸⁴³. Die Vorschriften des Aktiengesetzes wurden für Unternehmen unabhängig von der Rechtsform⁸⁴⁴ verbindlich, sofern gesetzlich festgelegte Größenkriterien (Bilanzsumme, Umsatzerlöse, Arbeitnehmer), die eine Offenlegung erst verpflichtend machten, in einer bestimmten Abfolge erreicht wurden⁸⁴⁵; eine Vorschrift, die noch heute Bestand hat⁸⁴⁶. Gerade in der Möglichkeit, die Regelungen des Aktienrechts auf andere Rechtsformen zu übertragen, lag die eigentliche diesen Normen gesetz-

⁸³⁹ Kropff, WPg 1966, S. 369 ff.

⁸⁴⁰ Bardenz, 1998, S. 48.

⁸⁴¹ BGBI. 1969 I S. 1189.

⁸⁴² Prühs, AG 1965, S. 175.

⁸⁴³ Castan, DB 1968, S. 515 ff.

⁸⁴⁴ Schindhelm/Hellwege/Stein, StuB 2000, S. 72.

⁸⁴⁵ Prühs, AG 1965, S. 218 ff.

⁸⁴⁶ § 267 HGB.

geberseitig beigemessene Überlegenheit⁸⁴⁷. Die strengeren Vorschriften für Aktiengesellschaften bildeten nämlich zunehmend auch die Grundlage für die Rechnungslegung der GmbH, wenngleich dort die Anwendung noch auf freiwilliger Basis erfolgte⁸⁴⁸. Das Aktien- und das Publizitätsgesetz waren letztlich das Fundament für die Stärkung der Aktionärsstellung und eine umfassende vorsichtsgeprägte Unternehmenspublizität in Deutschland⁸⁴⁹.

3.1.2. Die EG-Basisrichtlinien im Bereich der Rechnungslegung

Im Zentrum der Harmonisierungsbestrebungen der EG im Bereich der Rechnungslegung standen die 4., 7. und 8. EG-Richtlinie⁸⁵⁰, die so genannten „Basisrichtlinien“ der EU-Harmonisierung⁸⁵¹, da diese den stärksten Bezug zum deutschen Bilanzrecht aufwiesen. Die 4. EG-Richtlinie (Bilanzricht-

⁸⁴⁷ Goerdeler, in: Moxter/Müller/Windmüller/v. Wysocki (Hrsg.), FS Forster, 1992, S. 238.

⁸⁴⁸ Wöhe, DStR 1985, S. 715.

⁸⁴⁹ Zwirner, 2007, S. 122.

⁸⁵⁰ Kußmaul, StB 2000, S. 347.

⁸⁵¹ Küting/Hayn, in: Küting/Weber (Hrsg.), 2003, Rn. 143 ff.; Küting, BB 1993, S. 30.

linie) vom 25.07.1978⁸⁵² wurde dabei wesentlich vom deutschen Aktiengesetz beeinflusst⁸⁵³, d.h. ihr materieller Gehalt war stark entlehnt an das Aktiengesetz von 1965⁸⁵⁴. Die 4. EG-Richtlinie hatte insbesondere die Koordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften im Hinblick auf Aufbau und Struktur von Jahresabschlüssen nebst Lageberichten, Bewertungs- und Abschreibungsmethoden sowie die Publizität der Rechnungslegung zum Inhalt⁸⁵⁵. Die Zielsetzung bestand darin, für alle Unternehmen der gleichen Rechtsform vergleichbare Bedingungen zu schaffen. Im Interesse eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gebiet der Rechnungslegung sollten in den einzelnen Mitgliedsstaaten die gleichen Anforderungen gelten⁸⁵⁶. Vor dem Erlass der 4. EG-Richtlinie gab es zwischen den einzelnen nationalen Rechnungslegungsvorschriften erhebliche Unterschiede, insbesondere in Fragen der Bilanzierung und Bewertung, mit bisweilen gravierenden Auswirkungen auf die Höhe des Gewinn- und Vermögensausweises in den jeweiligen Handels- und Steuerbilanzen⁸⁵⁷. Insoweit stellte

⁸⁵² 4. EG-Richtlinie 78/660/EWG vom 25.07.1978, ABl. EG vom 14.08.1978, Nr. L 222, S. 11.

⁸⁵³ Probst, BFuP 1992, S. 426.

⁸⁵⁴ Claussen, AG 1986, S. 153.

⁸⁵⁵ Wöhe, in: Küting/Langenbucher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 85.

⁸⁵⁶ Wöhe, in: Küting/Langenbucher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 83.

⁸⁵⁷ Ebd.

zum damaligen Zeitpunkt die 4. EG-Richtlinie „sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich und betriebswirtschaftlich ein epochales Werk, nämlich das bisher größte Vorhaben dieser Art im Bereich des Handels-, Wirtschafts- und Unternehmensrechts“⁸⁵⁸ dar. Die 7. EG-Richtlinie (Konzernabschlussrichtlinie) vom 13.06.1983⁸⁵⁹ war als Ergänzung zur 4. EG-Richtlinie konzipiert⁸⁶⁰. Sie befasste sich mit Unternehmenszusammenschlüssen, speziell mit Konzernen und konzernähnlichen Strukturen⁸⁶¹. Inhaltlich regelte die 7. EG-Richtlinie die Voraussetzungen zur Erstellung konsolidierter Abschlüsse sowie die Art und den Umfang ihrer Erstellung⁸⁶² nebst den dazugehörigen Veröffentlichungen⁸⁶³. Ebenso wie die 4. EG-Richtlinie hatte die 7. EG-Richtlinie zum Ziel, die einzelstaatlichen Vorschriften innerhalb der EG zu koordinieren. Nach dem Zweck dieser Richtlinie hatten die konsolidierten Abschlüsse der einzelnen Mitgliedstaaten die jeweiligen Bilanzadressaten auf vergleichbare Weise zu informieren⁸⁶⁴. Damit lag das Primat auf dem

⁸⁵⁸ Claussen, AG 1986, S. 145.

⁸⁵⁹ 7. EG-Richtlinie 83/349/EWG vom 13.06.1983, ABl. EG vom 18.07.1983, Nr. L 193, S. 1.

⁸⁶⁰ Gidlewitz, 1996, S. 126 ff.; Zwirner, 2007, S. 130.

⁸⁶¹ Niessen, in: Lanfermann (Hrsg.), FS Havermann, 1995, S. 583.

⁸⁶² Sahner/Kammers, DB 1983, S. 2150 ff.

⁸⁶³ Küting, BFuP 1984, S. 323 ff.

⁸⁶⁴ Weber-Braun, in: Küting/Weber (Hrsg.), 1998, S. 3.

Informationszweck des konsolidierten Abschlusses⁸⁶⁵. Die 8. EG-Richtlinie (Abschlussprüferrichtlinie) vom 10.04.1984⁸⁶⁶ bezog sich ebenfalls, in Ergänzung zur 4. und zur 7. EG-Richtlinie, auf die Erstellung des Abschlusses, sowohl auf einzelgesellschaftlicher als auch auf konsolidierter Ebene⁸⁶⁷. Inhaltlich regelte die 8. EG-Richtlinie Fragen zur Abschlussprüfung⁸⁶⁸ bzw. „die Zulassungsvoraussetzungen für die mit der Pflichtprüfung von Jahresabschlüssen und Lageberichten von Kapitalgesellschaften und Konzernen beauftragten Personen“⁸⁶⁹. Bis heute werden die 4., 7. und 8. EG-Richtlinie als die zentrale Errungenschaft der europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrechtsangleichung⁸⁷⁰ gewertet. Ihre Umsetzung und Einbettung in nationales Recht erfolgte in Deutschland mit dem Bilanzrichtlinien-Gesetz von 1985.

⁸⁶⁵ Kirsch, WPg 2002, S. 744.

⁸⁶⁶ 8. EG-Richtlinie 84/253/EWG vom 10.04.1984, ABl. EG vom 12.05.1984, Nr. L 126, S. 20.

⁸⁶⁷ Zwirner, 2007, S. 131.

⁸⁶⁸ Niessen, WPg 1984, S. 410.

⁸⁶⁹ Wöhe, in: Küting/Langenbucher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 82; Peemöller/Keller, DStR 1997, S. 895.

⁸⁷⁰ Ebke, in: Hübner/Ebke (Hrsg.), FS Großfeld, 1999, S. 190.

3.1.3. Das Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG) von 1985

Der deutsche Gesetzgeber kam der Verpflichtung, die 4., 7. und 8. EG-Richtlinie in nationales Recht zu transformieren, mit dem Bilanzrichtlinien-Gesetz (BiRiLiG) vom 19.12.1985 nach. Das Gesetz, das am 01.01.1986 in Kraft trat⁸⁷¹, reformierte mit dieser Transformation umfassend die Vorschriften des HGB⁸⁷². Im Ergebnis vereinte das HGB nunmehr sowohl die allgemeinen, rechtsformunabhängigen Rechnungslegungsvorschriften als auch die eigens für Kapitalgesellschaften geltenden ergänzenden Rechnungslegungs-, Prüfungs- und Offenlegungsvorschriften⁸⁷³. Der Gesetzgeber hatte im Rahmen des Bilanzrichtlinien-Gesetzes mit der Konstituierung des Dritten Buchs des HGB (§§ 238 bis 341 HGB) faktisch ein Rechnungslegungsgesetz für alle Unternehmen geschaffen⁸⁷⁴. Die Ordnung des Rechnungslegungsrechts vom Einzelunternehmer bis hin zum multinationalen Konzern stand hierbei im Vordergrund der gesetzgeberseitigen Bemühungen⁸⁷⁵. Zudem wurden rechts-

⁸⁷¹ BGBl. I S. 2355; Claussen, AG 1986, S. 146; Börner, WiSt 1986, S. 165; Küting, DStR 2000, S. 38.

⁸⁷² Kußmaul/Tcherveniachki, DStR 2005, S. 616; Niehus, DB 1982, S. 657 ff.

⁸⁷³ Baetge/Apelt, BFuP 1992, S. 394; Moxter, BB 1985, S. 1101.

⁸⁷⁴ Claussen, AG 1986, S. 147; Forster, ZfH 1985, S. 742; Ludewig, AG 1987, S. 12.

⁸⁷⁵ Claussen, AG 1986, S. 146.

formspezifische Ergänzungen in den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie dem AktG und dem GmbHG vorgenommen⁸⁷⁶. Diese waren notwendig geworden, da mit dem kontinuierlichen Zusammenwachsen von Güter- und Kapitalmärkten automatisch auch der Grad an Internationalisierung der Geschäftstätigkeiten der einzelnen Gesellschaften zunahm und damit verbunden in aller Regel auch das unternehmerische Risiko. Im Gegensatz dazu blieb die Haftung der Gesellschaften weitestgehend nur auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt⁸⁷⁷. Insoweit sah sich der Gesetzgeber veranlasst, „neben den aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften auch die Vorschriften über die Rechnungslegung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung“⁸⁷⁸ zu ergänzen.

Die Änderungen, die das Bilanzrichtlinien-Gesetz für das HGB mit sich brachte, waren so komplex wie weitreichend⁸⁷⁹. Sie stellten allerdings keine grundlegende Neuerung für die Rechnungslegung der Aktiengesellschaften dar, da bereits das Aktiengesetz von 1965, das bis dahin eine wegweisende Rolle in

⁸⁷⁶ Wöhe, in: Küting/Langenbucher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 85; Menger, GmbHR 1984, S. 226.

⁸⁷⁷ Zwirner, 2007, S. 130.

⁸⁷⁸ Wöhe, in: Küting/Langenbucher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 83.

⁸⁷⁹ Küting, in: Küting/Schnorbus (Hrsg.), Betriebswirtschaftslehre heute, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 1992, S. 120 ff.

der Rechnungslegung eingenommen hatte⁸⁸⁰, umfassende Bewertungs- und Publizitätsvorschriften beinhaltete⁸⁸¹. Vielmehr wurden aus dem Regelwerk des AktG sowohl die einschlägigen Bilanzierungs- und Bewertungsnormen als auch einzelne Rechnungslegungsinstrumente (z.B. Lagebericht) rechtsformunabhängig für alle Kapitalgesellschaften in das HGB übergeleitet⁸⁸². Infolgedessen hatten sich die Ansatz- und Bewertungsvorschriften, die durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz in § 252 Abs. 1 HGB kodifiziert wurden, gegenüber dem AktG inhaltlich auch nicht geändert⁸⁸³. Die mit dem Bilanzrichtlinien-Gesetz verbundenen Änderungen waren jedoch für die Rechnungslegung der GmbHs bedeutend und weitreichend⁸⁸⁴, da die Vorschriften des zweiten Abschnitts des Dritten Buches des HGB gerade für Kapitalgesellschaften spezielle Regelungen enthielten. So wurden im Sinne des § 267 HGB Kriterien für die Unternehmensgröße festgelegt, die den Umfang der Rechnungslegung und der Publizität vorgaben⁸⁸⁵. Darüber hinaus erfolgte eine explizite Kodifizierung der GoB (Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung), die nunmehr

⁸⁸⁰ Claussen, AG 1986, S. 147 ff.

⁸⁸¹ Zwirner, 2007, S. 117 ff.

⁸⁸² Selch, WPg 2000, S. 359 ff.

⁸⁸³ Claussen, AG 1986, S. 150.

⁸⁸⁴ Claussen, AG 1986, S. 151 f.

⁸⁸⁵ Bohl, WPg 1986, S. 29 ff.

rechtsformunabhängig für Kaufleute und Kapitalgesellschaften Anwendung fanden⁸⁸⁶. Für Kapitalgesellschaften hatte dies zur Konsequenz, dass deren Jahresabschlüsse von nun an unter Beachtung der GoB ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln mussten⁸⁸⁷. „Dieses Prinzip - als Generalnorm in § 264 Abs. 2 HGB bis heute kodifiziert - entsprach dem so genannten Grundsatz des True and Fair View⁸⁸⁸ und ist Ausfluss des angelsächsischen Einflusses in der Europäischen Gemeinschaft“⁸⁸⁹. Durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz erfuhr der True and Fair View - Gedanke eine Stellung als Generalklausel innerhalb des deutschen Bilanzrechts⁸⁹⁰.

Die strengeren Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes führten für Kapitalgesellschaften im Ergebnis dazu, dass „die Aussagekraft der Jahresabschlüsse von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften notwendigerweise unterschiedlich zu beurteilen war“⁸⁹¹. Der Gesetzgeber blieb durch die Umsetzung der 4. EG-Richtlinie einer statischen Gewinnermitt-

⁸⁸⁶ Beisse, BB 1999, S. 2183; Moxter, BB 1985, S. 1101.

⁸⁸⁷ § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB; Kropff, BB 1965, S. 369 ff.

⁸⁸⁸ Hütten/Lorson, BuW 2000, S. 525; Tubbesing, AG 1979, S. 91 ff.

⁸⁸⁹ Zwirner, 2007, S. 135.

⁸⁹⁰ Claussen, AG 1986, S. 148; Tubbesing, AG 1979, S. 94.

⁸⁹¹ Wöhe, in: Küting/Langenbacher (Hrsg.), FS Weber, 1999, S. 86.

lung treu, verwirklichte aber gleichzeitig eine dynamische Einblickskonzeption⁸⁹², d.h. die Gliederungsvorschriften der Bilanz gemäß § 266 Abs. 2 HGB entsprachen der statischen Bilanztheorie, wohingegen die allgemeinen Bewertungsprinzipien gemäß § 252 Abs. 1 HGB der dynamischen Bilanzauffassung gleichkamen⁸⁹³. Neben dieser Kombination von Ansätzen aus der statischen und dynamischen Bilanzauffassung fanden mit der Umsetzung der 4. EG-Richtlinie auch angelsächsische Einflüsse, wie beispielsweise der True and fair View-Grundsatz⁸⁹⁴ oder das Umsatzkostenverfahren⁸⁹⁵, Eingang in das deutsche Handelsrecht. Bis heute spiegeln aber die Bewertungsvorschriften im nationalen Handelsrecht „die einschlägigen kontinentaleuropäischen Prinzipien einer vorsichtigen, gläubigerschutzorientierten und steuerrechtlich verzahnten Rechnungslegung wider“⁸⁹⁶.

⁸⁹² Moxter, in: Havermann (Hrsg.), FS Goerdeler, 1987, S. 369; Küting, DB 2006, S. 1443.

⁸⁹³ Oberbrinkmann, 1990, S. 302; Heno, 2006, S. 18 ff.

⁸⁹⁴ Küting/Gattung, PIR 2006, S. 34.

⁸⁹⁵ Küting/Reuter/Zwirner, StuB 2006, S. 85 ff.; Burger/Feldrappe/Ulbrich, PIR 2006, S. 136.

⁸⁹⁶ Zwirner, 2007, S. 138.

3.2. Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts: Vom Gläubigerschutz zum erfolgsorientierten Kapitalmarktreporting - ein Paradigmenwechsel

Die Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts stellt keinen Tatbestand dar, der quasi „über Nacht“ eingetreten ist⁸⁹⁷. Dieser Prozess wurde vielmehr durch eine Reihe von Ereignissen beeinflusst, die mit der EU-Harmonisierung ihren Anfang nahmen. Seither nimmt die Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts beständig und mit zunehmender Geschwindigkeit zu⁸⁹⁸. Obgleich in diesem Adaptionsprozess das angloamerikanisch geprägte IFRS - Rechnungslegungsnormensystem eine Vorbildcharakterfunktion für das deutsche Bilanzrecht übernommen hat, unterscheiden sich beide Normensysteme grundlegend, insbesondere im Hinblick auf ihre Grundorientierung und zentralen Prinzipien⁸⁹⁹. Bilanzadressaten und die mit der Adressfunktion verfolgten informatorischen Zielsetzungen divergieren dabei in besonderem Maße⁹⁰⁰. Im deutschen Bilanzrecht wird vornehmlich der Schutz von Gläu-

⁸⁹⁷ Zwirner, 2007, S. 107.

⁸⁹⁸ Kirsch, WPg 2002, S. 743.

⁸⁹⁹ Ballwieser, DBW 2001, S. 640 ff.

⁹⁰⁰ Bieg/Hossfeld/Kußmaul/Waschbusch, 2006, S. 10 ff.

bigern präferiert⁹⁰¹, d.h. der HGB-Abschluss stellt ein gläubigerschützendes Instrumentarium für Bilanzadressaten dar⁹⁰², dem beispielsweise durch die Ausschüttungsbemessungsfunktion Rechnung zu tragen versucht wird⁹⁰³. In der angloamerikanisch geprägten IFRS - Rechnungslegung dominiert im Gegensatz dazu eindeutig die Informationsfunktion zu Gunsten der Investoren bzw. Anteilseigner⁹⁰⁴, wohingegen weder die Ausschüttungsbemessungs- noch die Kapitalerhaltungsfunktion mit ihren dahinter stehenden Gläubigerschutzgedanken eine Rolle spielen⁹⁰⁵. Die Zielsetzung liegt demnach einzig in der Vermittlung entscheidungsrelevanter Informationen für Investoren bzw. Anteilseigner⁹⁰⁶, um hierüber eine sachgerechte Prognosemöglichkeit mit entsprechender Rechenschaftsfunktion sicherzustellen⁹⁰⁷. Im Ergebnis gibt es also einen gravierenden Orientierungsunterschied innerhalb der Normzwecksetzungen beider Rechnungslegungssysteme: der Gläubigerschutz des deutschen Bilanzrechts steht der Investororientierung der angloamerikanisch geprägten IFRS -

⁹⁰¹ Bieg/Kußmaul, 2006, S. 48 ff.; Küting, in: Döring/Kußmaul (Hrsg.), FS Wöhe, 2004, S. 383 ff.

⁹⁰² Wöhe/Döring, 1996, S. 1001.

⁹⁰³ Küting, in: Döring/Kußmaul (Hrsg.), FS Wöhe, 2004, S. 384.

⁹⁰⁴ Ebd.

⁹⁰⁵ Schulze-Osterloh, ZIP 2003, S. 95.

⁹⁰⁶ Pellens/Fülbiel/Gassen, 2006, S. 106.

⁹⁰⁷ Leibfried, Stbg 2003, S. 211 ff.

Rechnungslegung gegenüber⁹⁰⁸. Die Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts bzw. der Prozess der Angleichung und der Annäherung spiegelte sich insbesondere im Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) von 2004 und dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009 wider.

3.2.1. Das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) von 2004

Das Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) trat am 04.12.2004 in Kraft. Mit der Verabschiedung dieses Reformgesetzes wurde die Konzernrechnungslegung am deutschen Kapitalmarkt neu geregelt⁹⁰⁹. Der Gesetzgeber hatte zuvor bereits im Jahr 1998 das deutsche Bilanzrecht mit der Schaffung des § 292a HGB a.F. für internationale Normen geöffnet⁹¹⁰. Das Bilanzrechtsreformgesetz leitete mit dem Auslaufen der Öffnungsklausel des § 292a HGB a.F. und den bis dahin bestehenden Möglichkeiten zur Bilanzierung nach internationalen Normen⁹¹¹ für be-

⁹⁰⁸ Risse, 1996, S. 32.

⁹⁰⁹ BGBl. I S. 3166; Heuser/Theile, 2005, Rn. 59 ff.; Busse von Colbe, ZGR 2000, S. 652.

⁹¹⁰ Das Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz - KapAEG) trat zum 20.04.1998 in Kraft, BGBl. I 1998, S. 707, BT-Drs. 13/7141; Zwirner, 2007, S. 159 ff.

⁹¹¹ Nach den Regelungen des § 292a HGB a.F. waren Unternehmen bezüglich der Anwendung der geforderten international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätze frei in der Entscheidung, ihren Konzernabschluss nach den Rege-

stimmte Unternehmen den Übergang zu einer verpflichtenden Rechnungslegung nach den Vorschriften des IFRS am deutschen Kapitalmarkt durch die Berücksichtigung einer Vielzahl europarechtlicher Vorgaben ein⁹¹². Der im Rahmen des Bilanzrechtsreformgesetzes neu geschaffene § 315a HGB regelte in diesem Zusammenhang sowohl die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses nach den Vorschriften der IFRS als auch die Befreiung hiervon. Obgleich die ursprüngliche IAS - Verordnung lediglich vorsah, die Verpflichtung zur IFRS - Rechnungslegung nur für bereits am Kapitalmarkt notierte Mutterunternehmen verbindlich zu machen, ging der Gesetzgeber mit der Regelung des § 315a Abs. 2 HGB über diese Mindestanforderung hinaus und verpflichtete auch Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG fielen. Als Beweggrund für diese erweiterte Verpflichtung wurde von Seiten des Gesetzgebers ein berechtigtes Informationsinteresse der potenziellen Anleger angeführt⁹¹³. Demzufolge mussten alle Unternehmen, deren Geschäftsjahr nach dem 01.01.2005 begann und für die die Regelungen der §§ 290 ff. HGB zur Konzernrechnungslegung

lungen der IFRS oder der US-GAAP zu erstellen; Burger/Ulbrich, DB 2003, S. 2397 ff.

⁹¹² Zwirner, 2007, S. 223.

⁹¹³ Wendtland/Knorr, KoR 2004, S. 45; Pottgießer, StuB 2004, 166 f.

verpflichtend waren⁹¹⁴, ihre Rechnungslegung nach den Vorschriften der IFRS erstellen⁹¹⁵, sofern sie keine Übergangsfrist in Anspruch nehmen konnten⁹¹⁶.

Ergänzend zu der Regelung des § 315a HGB wurde Unternehmen, für die das Publizitätsgesetz (PublG) einschlägig war⁹¹⁷, erlaubt, den Konzernabschluss nach den Vorschriften der IFRS aufzustellen⁹¹⁸. Durch dieses Wahlrecht sollte für die nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen, und dies betraf insbesondere die mittelständischen Unternehmen, ein Mehr an Flexibilität in der Abschlusserstellung geschaffen werden⁹¹⁹. Obgleich der Gesetzgeber im Hinblick auf den Einzelabschluss strikt an dem traditionellen HGB - Einzelabschluss festhielt⁹²⁰ - und nach wie vor immer noch festhält -, gestattete er rein zu Informationszwecken die ergänzende Aufstellung

⁹¹⁴ Küting/Gattung/Keßler, DStR 2006, S. 579; Küting/Weber, 2006, S. 124.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu: Art. 58 Satz 5 EGHGB (Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch).

⁹¹⁶ Artikel 4, IAS - Verordnung vom Juli 2002, vgl. hierzu: Verfahren zur Anerkennung und Implementierung von International Accounting Standards in der EU, Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. EG vom 11.09.2002, L 243/1, S. 1.

⁹¹⁷ Vgl. hierzu: § 11 Abs. 6 Nr. 2 PublG.

⁹¹⁸ Hüttemann, BB 2004, S. 205.

⁹¹⁹ Keller, BFD 2004, S. 1.

⁹²⁰ Wendtland/Knorr, KoR 2004, S. 46; Zwirner/Boecker/Reuter, KoR 2004, S. 217.

eines IFRS - konformen Einzelabschlusses⁹²¹. Allerdings hatte der Gesetzgeber dieses Wahlrecht sehr restriktiv ausgestaltet⁹²². Die Erklärung für diese restriktive Haltung lag insbesondere in der Mehrfunktionalität des HGB - Einzelabschlusses, da dieser sowohl die Grundlage für die Ausschüttung als auch für die Steuerbemessung bildete - und nach wie vor immer noch bildet. Diese Funktionen sollten aber gerade nicht durch spezielle Vorschriften der IFRS beeinflusst werden, wie beispielsweise die Behandlung unrealisierter Gewinne⁹²³. Daraus folgte, dass neben den obligaten HGB - Einzelabschluss fakultativ nunmehr auch der IFRS - Einzelabschluss trat, allerdings nur zu Zwecken der Informationsvermittlung⁹²⁴.

Der Gesetzgeber hatte mit dem Bilanzrechtsreformgesetz zudem die Fair Value - Richtlinie in nationales Recht umgesetzt. Demnach waren derivative Finanzinstrumente zu Zwecken einer transparenten und detaillierteren Risikoberichterstattung in Anhang und Lagebericht zu Zeitwerten anzusetzen⁹²⁵.

⁹²¹ In Deutschland wären hiervon rund 600.000 GmbH's und 100.000 GmbH's & Co. betroffen, vgl. hierzu: Ernst, WPg 2001, S. 1440.

⁹²² Böcking, in: Küting/Weber (Hrsg.), 2002, S. 430 ff.; ders, WPg 2001, S. 1433 ff.; Moxter, DB 2001, S. 605 ff.; Euler, BB 2002, S. 875 ff.

⁹²³ Keller, BFD 2004, S. 1.

⁹²⁴ Fey/Deubert, KoR 2006, S. 92 ff.

⁹²⁵ Kirsch, in: Baetge/Kirsch (Hrsg.), 2005, S. 24 ff.; Hitz, WPg 2005, S. 1013; Steiner/Gross, StuB 2004, S. 552 f.

Ebenso entsprach der Gesetzgeber der Schwellenwertrichtlinie durch eine EU-konforme Anpassung der Größenkriterien der §§ 267, 293 HGB⁹²⁶. Bei dieser Anpassungsmaßnahme wurden die Schwellenwerte der Größenkriterien um 17% angehoben⁹²⁷. Zudem sollte mit der Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie zu Zwecken einer Internationalisierung der Rechnungslegung eine bessere Vergleichbarkeit innerhalb der Europäischen Union geschaffen werden. Ein wesentlicher Faktor war dabei die Anpassung der Vorschriften zum Konzern - Lagebericht im Sinne der §§ 289, 315 HGB, um auf diese Weise den Gehalt an entscheidungsrelevanten Informationen zu verdeutlichen⁹²⁸.

Durch das Bilanzrechtsreformgesetz wurden gerade mit Blick auf die nunmehr stringenteren Transparenzanforderungen bei kapitalmarktorientierten Unternehmen bestehende nationale Wahlrechte des Handelsrechts sukzessive ausgedünnt, um eine dahingehende Kompatibilität der nationalen Normen mit den Vorschriften der IFRS zu gewährleisten⁹²⁹. Der Gesetzge-

⁹²⁶ Weber/Kießler, in: Küting/Weber (Hrsg.), 2002, Rn. 5 ff.; Niemeier, WPg 2006, S. 184 f.

⁹²⁷ Keller, BFD 2004, S. 2.

⁹²⁸ Keller, BFD 2004, S. 1.

⁹²⁹ Wendtland/Knorr, KoR 2004, S. 47; Burger/Ulbrich, KoR 2004, S. 236 f.; Schulze-Osterloh, ZIP 2004, S. 1128 ff.

ber bestimmte insoweit die Vorschriften der IFRS als Referenzmodell für die kapitalmarktorientierte Konzernrechnungslegung in Deutschland. Er gab damit aber zugleich auch weitestgehend die Entwicklung eigenständiger Normen in diesem Bereich auf⁹³⁰. Als Folge hiervon wurde die kapitalmarktnahe Rechnungslegung aus dem HGB herausgelöst, so dass sowohl die Entwicklung zukünftiger Rechnungslegungsnormen für die Konzernrechnungslegung als auch die rechtliche Ausgestaltung und Fortentwicklung bestimmter Teile der GoB beendet waren⁹³¹. „Die Globalisierung zerreißt den Schutzraum eines nationalen Systems mit traditionell eingeübten Bezugspunkten, das Gesellschaftsrecht wandelt sich zu einem Kapitalmarktrecht“⁹³². Diese Neuordnung der Rechnungslegungswelt⁹³³ wurde vielfach zu Recht als „Paradigmenwechsel“ in der Rechnungslegung angesehen⁹³⁴.

⁹³⁰ Berndt/Hommel, BFuP 2005, S. 420.

⁹³¹ Nöcker, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.01.2002, S. 11.

⁹³² Großfeld, NZG 2004, S. 393.

⁹³³ Engel-Ciric, BC 2002, S. 193.

⁹³⁴ Baetge/Zülch//Matena, StuB 2002, S. 365.

3.2.2. Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009

Nachdem das Bilanzrechtsreformgesetz bislang lediglich die zwingenden Regelungen der Modernisierungs- und der Fair Value - Richtlinien in nationales Recht umgesetzt und die Größenkriterien der Schwellenwerte angehoben hatte⁹³⁵, sollten mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG), das am 29.05.2009 in Kraft trat⁹³⁶, auch die den Richtlinien inhärenten Gestaltungsspielräume in nationales Recht überführt werden⁹³⁷. Die Zielsetzung des Gesetzgebers lag primär in der Abschaffung bestehender Wahlrechte des HGB zu Zwecken einer weiteren Angleichung an internationale Standards⁹³⁸. Insbesondere dem nach den HGB - Vorschriften bilanzierenden Mittelstand sollte eine im Verhältnis zu den internationalen Rechnungslegungsstandards adäquate, allerdings kostengünstigere und einfachere Alternative angeboten werden, ohne jedoch dabei auf die wesentlichen Eckpunkte des HGB - Bilanzrechts in Gänze verzichten zu müssen. Dadurch, so die

⁹³⁵ Meyer, DStR 2004, S. 974; Wendtland/Knorr, KoR 2004, S. 50.

⁹³⁶ BGBl. I S. 1102, BT-Drs. 16/10067 vom 30.07.2008.

⁹³⁷ Jessen/Weller, DStR 2005, S. 489; Schulze-Osterloh, ZIP 2004, S. 1128 ff.; Noack, DB 2006, S. 1475 ff.

⁹³⁸ Bräunig, in: Küting/Pfitzer/Weber (Hrsg.), 2006, S. 68.

Hoffnung des Gesetzgebers, würden sich formell und materiell vergleichbare Informationen im Hinblick auf die Berichterstattung nach IAS/IFRS ergeben. Informationen, die so einer besseren Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des jeweiligen Unternehmens erfolgreich Vorschub leisten sollten⁹³⁹.

Die mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz intendierte Zielsetzung des Gesetzgebers wurde in der veröffentlichten Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz final wie folgt akzentuiert: „Durch das BilMoG entlasten wir die Unternehmen in Deutschland, insbesondere den Mittelstand und setzen so Innovations- und Investitionskräfte frei. Ein Schwerpunkt der Reform ist die Deregulierung und Kostensenkung gerade für die kleinen und mittelständischen Unternehmen. Die Wirtschaft wird in Milliardenhöhe entlastet, indem wir beispielsweise mittelständische Einzelkaufleute ganz von Bilanzierungs- und Buchführungspflichten befreien und für Kapitalgesellschaften die Schwellenwerte anheben. Kleine und mittelständische Unternehmen bekommen mit dem neuen Bilanzrecht moderne und effiziente Bilanzierungsregeln. Wir erhöhen die Aussagekraft des handelsrechtlichen Jahresabschlusses

⁹³⁹ Crone/Rebscher, KSI 2009, S. 211.

und nehmen damit insbesondere vom deutschen Mittelstand den Druck, internationale Rechnungslegungsstandards anzuwenden. Das Bilanzrecht für Unternehmen in Deutschland wird zu einer vollwertigen Alternative zu diesen internationalen Rechnungslegungsstandards weiterentwickelt. Dabei vermeiden wir Nachteile wie hohe Komplexität, hoher Zeitaufwand und hohe Kosten⁹⁴⁰.

Die wichtigsten Eckpunkte des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes lagen mithin in der Deregulierung und in der Verbesserung der Aussagekraft der HGB - Abschlüsse. Die Maßnahmen der Deregulierung zielten unmittelbar auf die Entlastung von vermeidbarem Erstellungsaufwand. Hiervon waren insbesondere mittelständische Einzelunternehmer betroffen, für die die handelsrechtlichen Buchführungs-, Inventur- und Bilanzierungspflichten nunmehr entfallen. Betroffen waren aber auch Kapitalgesellschaften in der Rechtsform einer AG oder GmbH, für die nunmehr ebenfalls Erleichterungen und Befreiungen bei der Bilanzierung bestehen. Die Kostenersparnis bei den anfallenden Bilanzierungskosten wurde von Seiten des Gesetzgebers auf ca. € 1,3 Mrd. geschätzt⁹⁴¹. Die Maß-

⁹⁴⁰ Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 26.03.2009.
⁹⁴¹ Ebd.

nahmen zur Verbesserung der Aussagekraft der HGB - Abschlüsse hatten zum Ziel, ein Äquivalent zu den IFRS - Vorschriften zu bilden, da diese rein auf kapitalmarktorientierte Unternehmen zugeschnitten sind und primär dem Informationsbedürfnis von Finanzanalysten, Investoren und sonstigen Kapitalmarktteilnehmern dienen. Allerdings ist die überwiegende Anzahl an rechnungslegungspflichtigen deutschen Unternehmen gerade nicht kapitalmarktorientiert. Das bewährte HGB - Bilanzrecht sollte nunmehr eine im Verhältnis zu den internationalen Rechnungslegungsstandards adäquate, aber kostengünstigere und einfachere Alternative darstellen, die aber nach wie vor auf den wesentlichen Eckpunkten des HGB - Bilanzrechts basierte. Damit wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mittelstand wie bisher nur ein Rechenwerk aufzustellen hat, das die Grundlage sowohl für die steuerliche Gewinnermittlung als auch für die Ausschüttungsbemessung bildet⁹⁴². Die Verabschiedung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes war in diesem Zusammenhang auch als Kontrastpunkt und mögliche Alternative für die durch das International Accounting Standards Board veröffentlichten IFRS - Vorschriften für kleine und mittleren Unternehmen (KMU) respek-

⁹⁴² Ebd.

tive „small- and medium-sized enterprises“ (SME) zu sehen. Das speziell für die Bedürfnisse des Mittelstands zugeschnittene und eigenständige Regelwerk sollte nach Ansicht des International Accounting Standards Board zur weltweiten Harmonisierung der Rechnungslegung beitragen⁹⁴³. Allerdings ist im Hinblick auf eine EU-weite Einführung dieser so genannten „IFRS for SME“ die bisherige Resonanz und Akzeptanz in Deutschland äußerst divergent⁹⁴⁴. Während sich beispielsweise das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e. V. (DRSC) - Trägerverein von 130 großen börsennotierten Unternehmen - als bisheriger Standardsetzer für eine Weiterentwicklung der angloamerikanisch geprägten IFRS - Rechnungslegung einsetzt, votieren der Wirtschaftsverband Stahl und Metallverarbeitung (WSM) und der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH) für eine Trennung zwischen kapitalmarkt- und nicht kapitalmarktorientierter Bilanzierung⁹⁴⁵. Der sich hier entzündende Meinungsstreit ist grundlegender Natur und in seiner Konsequenz weitreichend, da er zentral die Frage zu klären versucht, ob Deutschland künftig eine einheitliche Rechnungslegung anstreben oder nach wie vor zwei-

⁹⁴³ Bömelburg/Landgraf/Pöppel, PIR 2009, S. 291.

⁹⁴⁴ Zwirner/Künkele, KoR 2009, S. 464 f.

⁹⁴⁵ Olbrich, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.01.2011, S. 18.

gleisig fahren sollte⁹⁴⁶. Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz jedenfalls votiert nach der Intention des Gesetzgebers und der Lesart des Gesetzes für die zweite Variante⁹⁴⁷.

Allerdings sind im Kontext der Umsetzungsregelung zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz einige Probleme aufgetreten. Zum einen wird mit dem Übergang auf die neuen Regelungen der Bilanzzusammenhang durchbrochen, d.h. die Eröffnungsbilanzwerte müssen seit dem 01.01.2010 unter Beachtung der neuen handelsrechtlichen Grundsätze gesondert ermittelt werden und stimmen damit nicht mehr mit den Schlussbilanzwerten per 31.12.2009 überein. Zum anderen ermöglicht die Umstellung auf die Neuregelungen⁹⁴⁸ an zahlreichen Stellen bilanzpolitische Gestaltungsspielräume⁹⁴⁹. Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz fasst das HGB speziell im Bereich der Ansatzvorschriften deutlich enger - ein weiterer Hinweis für die Annäherung an die IFRS - Vorschriften. Die Einschränkung der Ansatzwahlrechte geht aber gleichzeitig mit einer Ausweitung der Bewertungswahlrechte einher. Diese

⁹⁴⁶

Ebd.

⁹⁴⁷

Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 26.03.2009.

⁹⁴⁸

Änderungen durch das BilMoG, vgl hierzu: Müller/Kreipl, ZCG 2009, S. 184 f.; vgl. hierzu: Küting/Pfitzer/Weber, 2009; vgl. hierzu: Kessler/Leinen/Strickmann, 2010; vgl. hierzu: Lüdenbach/Hoffmann, StuB 2009, S. 287.

⁹⁴⁹

Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 26.03.2009.

Ausweitung kann nunmehr dazu führen, dass jede einzelne Bewertung individuell bzw. einzelfallbezogen zu hinterfragen ist, was naturgemäß zu Problemen bei der Vergleichbarkeit führt⁹⁵⁰ und damit zugleich Raum für bilanzpolitische Gestaltungsspielräume eröffnet. Soweit Bilanzen noch vor Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes erstellt wurden⁹⁵¹, kann dies bei der Vergleichbarkeit zusätzlich erhebliche Differenzen in der Aussagekraft mit sich bringen.

Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz bringt mit seinen vielfältigen Bewertungswahlrechten und Übergangsregelungen einen erheblichen Änderungsbedarf im Bilanzrecht mit sich⁹⁵². Gerade die vermehrten Ermessensspielräume lassen den Schluss zu, dass die Bedeutung der Abschlusspolitik deutlich gestiegen ist. Allerdings ist nicht nur bei Vorliegen einer Unternehmenskrise hierbei zu bedenken, dass die Nutzung dieser abschlusspolitischen Möglichkeiten in Verbindung mit der ebenfalls den Abschluss beeinflussenden Übergangsregelung bei der Darstellung der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage fließend den Übergang von einer gewollten „Glättung“ bis hin

⁹⁵⁰ Haas, NWB-BB 2009, S. 348 ff.

⁹⁵¹ Ebd.

⁹⁵² Haas, NWB-BB 2009, S. 352.

zu einer „Verschleierung“ und „Falschdarstellung“ ermöglichen⁹⁵³. Vielfältige Ermessensspielräume führen naturgemäß zu noch mehr Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen wiederum Ergebnisverbesserungen mit dem gewünschten Volumen erzielt werden können, d.h. ein „maßvolles Drehen an der Schraube“ wird zumeist den gewünschten Effekt hervorrufen⁹⁵⁴.

4. Der Prozess der Globalisierung des deutschen Bilanzrechts und seine Auswirkungen auf die bilanzielle Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit

Wie bereits dargelegt, ist eine verlässliche Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit nur anhand von Finanzplänen darstellbar, indem auf Basis von Zahlungsströmen die zu erwartenden Einnahmen den zu erwartenden Ausgaben gegenübergestellt werden. Bilanzen indes sind für diese Aufgabenstellung nur dann geeignet, wenn sie in Liquidationsbilanzen respektive Liquidationsvorsorge-Bilanzen umgewidmet werden, da hier funktionsbedingt die Erfassung bzw. der Ausweis von Vermögen und Schulden liquidationsdeterminiert und

⁹⁵³ Müller/Reinke, KSI 2010, S. 101.

⁹⁵⁴ Müller/Reinke, KSI 2010, S. 107.

damit zahlungsstromorientiert ist⁹⁵⁵. Im deutschen Bilanzrecht hingegen basieren periodische Bilanzen aber grundsätzlich auf der Annahme einer Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit (Fortführungsbilanzen), d.h. die Erfassung bzw. der Ausweis von Vermögen und Schulden ist demgemäß fortführungsorientiert und gerade nicht liquidationsdeterminiert. Die Akzentuierung liegt vielmehr auf einer auf Erträgen und Aufwendungen gründenden periodischen Erfolgsrechnung, die aus einer zahlungsstromorientierten fiktiven Totalerfolgsrechnung, in der Einnahmen und Ausgaben in ihrer Gesamtheit gegenübergestellt werden, abgeleitet wird⁹⁵⁶. Die Periodisierung, d.h. die Zerlegung einer Totalperiode in einzelne überschaubare Teilperioden, führt dazu, dass die außerhalb der jeweiligen Einzelperiode liegenden und nicht zu Erträgen und Aufwendungen gewordenen Einnahmen und Ausgaben bilanziell als Vermögen und Schulden zu erfassen sind - eine Erfassung, die im deutschen Bilanzrecht ganz unter dem Primat des Fortführungsgedankens erfolgt. Das Loslösen von einer auf Zahlungsströmen basierenden Bilanzierung und Bewertung ist letztlich der Grund dafür, dass im deutschen Bilanzrecht eine

⁹⁵⁵ Dazu näher oben: D. I. 3.2. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der „vorsichtsgeprägten“ Zerschlagungsbilanz).

⁹⁵⁶ Dazu näher oben: D. II. 2.2. (Dynamische Interpretation der Bilanz).

verlässliche - im Sinne von belastbar - Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit nur eingeschränkt möglich ist. Fortführungsbilanzen sind in diesem Kontext allenfalls in der Lage, über die bilanzielle Entwicklung des Eigenkapitals näherungsweise Aussagen zur Schuldendeckungsfähigkeit treffen zu können⁹⁵⁷. Dieser Minimalnutzen rechtfertigt aber zumindest die Frage, ob der Prozess der Globalisierung des deutschen Bilanzrechts insoweit Einfluss auf die Bilanzierung und Bewertung von Vermögen und Schulden genommen hat, dass die ohnehin nur näherungsweise gegebene Aussagekraft von Fortführungsbilanzen im Bezug auf die Schuldendeckungsfähigkeit noch weiter eingeschränkt wurde.

In diesem Kontext sei darauf verwiesen, dass sich die Argumentation auf bewusst knapp gehaltene, exemplarisch gedachte Ausführungen zur Problematik der Periodisierung sowie der Bilanzierung dem Grunde und der Höhe nach beschränken soll. Auch wenn damit letztlich auf eine vollständige, den Rahmen dieser Arbeit zwangsläufig überfordernde Aufarbeitung der vorgenannten Problemfelder verzichtet werden muss, kann gleichwohl hinreichend belegt werden, dass

⁹⁵⁷ Dazu näher oben: D. I. 3.3. (Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit mithilfe der Fortführungsbilanz).

der handelsrechtliche Jahresabschluss auch bzw. gerade nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) nicht in der Lage ist, die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens in einer dem § 19 InsO adäquaten Weise zu verdeutlichen und diese „kontrollierbar“ zu machen.

4.1. Ausgangspunkt: Das Prinzip der Periodisierung

Der Erfolg eines Unternehmens ist eine relative Größe. Im Rahmen einer Totalrechnung, die die Totalperiode eines Unternehmens in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt, würde Erfolg als Größe verstanden, die sich nur zum Ende der Lebensdauer eines Unternehmens als Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben ermitteln ließe⁹⁵⁸. Die Erfolgsrechnung eines Unternehmens ist jedoch anders als die Geldrechnung nicht imstande, sich auf dessen gesamte Lebenszeit zu beziehen, da ansonsten die Größe Erfolg tatsächlich erst nach einer finalen Liquidation feststellbar wäre⁹⁵⁹. In der Erfolgsbetrachtung ist die Totalperiode für bestehende bzw. am Markt aktive Unternehmen mithin eher eine theoretische Größe und fiktiver

⁹⁵⁸ Heinen, 1986, S. 47; dazu näher oben: D. II. 2.2. (Dynamische Interpretation der Bilanz).

⁹⁵⁹ Leffson, 1964, S. 129.

Natur. Da aber Erfolgsrechnungen schon vor Ablauf der gesamten Lebensdauer des Unternehmens aufgestellt werden müssen⁹⁶⁰, besteht das Erfordernis, den Erfolg für kürzere Rechnungsperioden zu ermitteln⁹⁶¹. „Will man die Buchhaltung zu einer periodischen abschließenden Erfolgsrechnung ausbauen, so ist man gezwungen, den Totalerfolg auf die einzelnen Rechnungszeiträume zu verteilen“⁹⁶² bzw. die Gesamtlebensdauer eines Unternehmens in Teilabschnitte (Perioden) zu zerlegen⁹⁶³. Daraus folgt, dass jede Erfolgsrechnung notwendigerweise eine Periodenrechnung ist⁹⁶⁴, in der der Strom der Geschäftsvorfälle so abgegrenzt wird, dass erkennbar ist, was sich innerhalb der einzelnen Perioden ereignet hat. Die Periodisierung ökonomischer Vorgänge und Erfolge erfolgt dabei mithilfe einer vergleichenden Gegenüberstellung, in der Wertentstehung (Ertrag) und Wertverzehr (Aufwand) der jeweiligen Periode in ihrer Gesamtheit abgebildet werden⁹⁶⁵.

Zwischen der Totalperiode und der Periodisierung bestehen demnach zeitliche Abhängigkeiten. Ebenso verhält es sich mit

⁹⁶⁰ Heinen, 1986, S. 47.

⁹⁶¹ Leffson, 1964, S. 129.

⁹⁶² Kosiol, 1949, S. 44.

⁹⁶³ Heinen, 1986, S. 47.

⁹⁶⁴ Walb, 1926, S. 29.

⁹⁶⁵ Leffson, 1964, S. 129.

den sie determinierenden Begriffskategorien. Erfolg ist in der periodischen Erfolgsrechnung⁹⁶⁶ die Residualgröße aus der positiven Differenz zwischen Erträgen und Aufwendungen, wohingegen Erfolg in der Geldrechnung die Residualgröße aus der positiven Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben ist. Die Dependenz besteht darin, dass die Begriffskategorien der periodischen Erfolgsrechnung (Ertrag und Aufwand) aus denen der Geldrechnung (Einnahmen und Ausgaben) abgeleitet werden⁹⁶⁷. In der periodischen Erfolgsrechnung bzw. der Gewinn- und Verlustrechnung⁹⁶⁸ werden alle in einer Rechnungsperiode angefallenen Einnahmen (Ausgaben) demgemäß als Erträge (Aufwendungen) erfasst. All jene Einnahmen (Ausgaben), die über diese Rechnungsperiode hinausreichen, werden als Posten in die Bilanz eingestellt und harren ihrer Auslösung, m.a.W: durch die Zerlegung der Totalperiode in Einzelperioden entsteht eine Bilanz⁹⁶⁹. Insoweit dient eine Bilanz „der Evidenzerhaltung der nicht ausgelösten Posten der Erfolgsrechnung“⁹⁷⁰ und kennzeichnet damit die disponiblen aktiven Kräfte und passiven Verpflichtungen⁹⁷¹.

⁹⁶⁶ Schmalenbach, 1962, S. 50.

⁹⁶⁷ Heinen, 1986, S. 46.

⁹⁶⁸ Dazu näher oben: D. II. 2.2. (Dynamische Interpretation der Bilanz).

⁹⁶⁹ Heinen, 1986, S. 47.

⁹⁷⁰ Schmalenbach, 1962, S. 59.

⁹⁷¹ Heinen, 1986, S. 47.

„Die Bilanz ist mithin die Darstellung des Kräftespeichers des Unternehmens“⁹⁷². Würde die Gesamtlebensdauer eines Unternehmens nur eine Periode betragen, so entsprächen die in dieser Periode angefallenen Einnahmen (Ausgaben) wertmäßig den Erträgen (Aufwendungen). Erfolgs- und Geldrechnung wären mithin deckungsgleich und die Aufstellung einer Bilanz obsolet. Bei allen darüber hinaus gehenden Perioden - Unternehmen, die länger als eine Rechnungsperiode Bestand haben - werden alle Einnahmen (Ausgaben), die in der jeweiligen Periode nicht zu Erträgen (Aufwendungen), sowie alle Erträge (Aufwendungen), die erst später zu Einnahmen (Ausgaben) werden, bilanziell erfasst. Die Bilanz weist aktivisch künftige Aufwendungen und Einnahmen sowie Geld, passivisch künftige Ausgaben und Erträge sowie Kapital aus⁹⁷³, m.a.W: sie erfasst Vermögen und Schulden.

Der Vorgang der Periodisierung ist aufgrund seiner künstlich herbeigeführten Abgrenzung nicht frei von Kritik geblieben⁹⁷⁴: Das Hauptproblem dieser Verfahrensweise liegt nämlich genau in dem Periodisieren einzelner Geschäftsvorfälle, da sich

⁹⁷² Schmalenbach, 1962, S. 59.

⁹⁷³ Heinen, 1986, S. 47.

⁹⁷⁴ Heinen, 1986, S. 48.

in aller Regel nicht zweifelsfrei feststellen lässt, welche Wertentstehung und welcher Wertverzehr tatsächlich einer bestimmten Periode zuzurechnen ist. Lassen sich einzelne Posten zeitlich und sachlich nicht einer Periode zuordnen, sind immer sachgerechte Konventionen von Nöten⁹⁷⁵. Zudem wird mit der Periodisierung die liquiditätsorientierte Ebene der Geldrechnung verlassen, was letztlich zu Problemen in der Wertbeimessung des jeweiligen Geschäftsvorfalles (Bewertung) führt. „Insofern bedeutet die Abgrenzung der Perioden immer einen künstlichen Schnitt in einem fließenden Prozess“⁹⁷⁶. Daran wird deutlich, dass jeder Versuch, Erträge (Aufwendungen) mit Hilfe von Aktivierungen und Passivierungen zu periodisieren, seine natürlichen Grenzen hat und letztlich nur unvollkommen sein kann⁹⁷⁷. Die Periodisierungsproblematik und ihre Folgen bilden den Ausgangspunkt für eine fehlgeleitete Entwicklung im deutschen Bilanzrecht, die sich in der bilanziellen Erfassung von Vermögen und Schulden bzw. in deren Bilanzierung und Bewertung fortsetzt.

⁹⁷⁵ Leffson, 1964, S. 129.

⁹⁷⁶ Leffson, 1964, S. 130.

⁹⁷⁷ Ebd.

4.2. Bilanzausweis von Vermögen und Schulden: Bilanzierung dem Grunde nach

Der Inhalt einer periodischen Bilanz wird im Wesentlichen durch die Extension der Begriffe Vermögen und Schulden determiniert⁹⁷⁸. Nach § 242 Abs. 1 Satz 1 HGB ist der Kaufmann zur Aufstellung einer Bilanz als „einen das Verhältnis seines Vermögens und seiner Schulden darstellenden Abschluss“ verpflichtet. Darüber hinaus bestimmt das Vollständigkeitsgebot im Sinne des § 246 Abs. 1 HGB, dass in der Bilanz sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden anzusetzen sind, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist⁹⁷⁹. Der Gesetzgeber hatte allerdings beide Rechtsbegriffe keiner Definition zugeführt, so dass sie inhaltlich immer noch als unbestimmt und nicht eindeutig geklärt gelten⁹⁸⁰. Insofern werden die Begriffe Vermögen und Schulden nach Maßgabe der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) abgegrenzt, wobei sich die Abgrenzung sowohl auf die begriffliche Dimension als auch auf die bilanzielle Erfassung wirtschaftlicher Sachverhalte bezieht. In beiden Fällen wird dabei zwischen der allgemeinen

⁹⁷⁸ Bossert/Manz, 1996, S. 131.

⁹⁷⁹ Coenenberg, 2001, S. 95.

⁹⁸⁰ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 246 HGB, Rn. 9.

(abstrakten) und konkreten Bilanzierungsfähigkeit unterschieden⁹⁸¹. Rein formal bedeutet Bilanzierungsfähigkeit, dass Vermögen als Aktiva (Aktivierungsfähigkeit) und Schulden als Passiva (Passivierungsfähigkeit) in der Bilanz angesetzt werden können. Die Art und Weise, wie dieser Ansatz erfolgt, bestimmt sich danach, ob eine Bilanzierungsfähigkeit zu einer Bilanzierungspflicht oder aber zu einem Bilanzierungswahlrecht führt⁹⁸². Die einzelnen Kriterien, die eine Bilanzierungsfähigkeit von Vermögen und Schulden determinieren, sind zwar identisch, sie haben aber für die Bestimmung von Schulden wenig Relevanz, da die Bilanzierung von Schulden weder einem Bilanzierungswahlrecht noch einem Bilanzierungsverbot unterliegt. Infolgedessen liegt die Ansatzproblematik vornehmlich bei der Bestimmung von Vermögensgegenständen bzw. dem Schuldendeckungspotenzial.

4.2.1. Abstrakte und konkrete Bilanzierungsfähigkeit von Vermögensgegenständen

Die abstrakte Bilanzierungsfähigkeit setzt voraus, dass ein bestimmter wirtschaftlicher Sachverhalt, der definierte und

⁹⁸¹ Bossert/Manz, 1996, S. 131.

⁹⁸² Heinen, 1986, S. 190.

zum Teil normierte Tatbestandsmerkmale erfüllt, einem Vermögensgegenstand abstrakt zugeordnet werden kann⁹⁸³. Dieser Aktivierungsgrundsatz legt dabei Kriterien fest, die einen Vermögensgegenstand bestimmen und ihn damit grundsätzlich auf der Aktivseite einer Bilanz ausweisfähig bzw. ausweispflichtig machen⁹⁸⁴. Vermögensgegenstände müssen demnach

- selbstständig verkehrsfähig sein, d.h. sie müssen einzelveräußerbar bzw. einzelverwertbar sein,
- selbstständig bewertbar sein, d.h. einem Vermögensgegenstand müssen abgrenzbare Aufwendungen zurechenbar sein,
- einen wirtschaftlichen Wert darstellen, der einen zukünftigen Nutzen für das Unternehmen charakterisiert⁹⁸⁵.

Die vorbezeichneten Kriterien müssen allerdings in ihrer Gesamtheit erfüllt sein, erst dann ist ein wirtschaftlicher Sachverhalt als Vermögensgegenstand abstrakt bilanzierungsfähig.

⁹⁸³ Bossert/Manz, 1996, S. 131.

⁹⁸⁴ Baetge/Kirsch/Thiele, 2005, S. 158 ff.

⁹⁸⁵ Freericks, 1976, S. 141 ff.

Die abstrakte Bilanzierungsfähigkeit ist jedoch nur der erste Schritt hin zu einer Bilanzansatz - Entscheidung. Vielmehr muss in einem zweiten Schritt noch geprüft werden, inwieweit ein Vermögensgegenstand auch konkret bilanzierungsfähig ist. Bei diesem Prüfungsschritt sind die gesetzlichen Vorschriften des Handelsrechts zu beachten, die möglicherweise einer Aktivierung von abstrakt aktivierungsfähigen Vermögensgegenständen entgegenstehen (Bilanzierungsverbote gemäß § 248 HGB)⁹⁸⁶. So ist beispielsweise die Marke Nivea der Beiersdorf AG einzelveräußerbar, selbstständig bewertbar und wirtschaftlichen Nutzen stiftend, mithin abstrakt bilanzierungsfähig, sie ist aber nicht konkret bilanzierungsfähig, da sie nicht entgeltlich erworben wurde und ihr Bilanzansatz demgemäß gegen ein Tatbestandsmerkmal im Sinne des § 248 Abs. 2 HGB verstößt⁹⁸⁷. Die Bilanzansatz - Entscheidung besteht somit aus einer Reihe von Einzelentscheidungen, an deren Ende die Bilanzierung respektive Nichtbilanzierung eines Vermögensgegenstands steht⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Baetge/Kirsch/Thiele, 2005, S. 158 ff.

⁹⁸⁷ Bossert/Manz, 1996, S. 131.

⁹⁸⁸ Coenenberg, 2001, S. 97.

Die handelsrechtliche Aktivierungskonzeption bzw. die sich hieraus ableitenden Ansatzvorschriften blieben im Verlauf der historischen Entwicklung des deutschen Bilanzrechts nahezu unverändert. Erst mit Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) und der gewollten Annäherung an die IFRS - Vorschriften⁹⁸⁹ änderten sich die bislang gültigen Ansatzvorschriften dergestalt, dass einerseits bestehende Aktivierungswahlrechte eingeschränkt bzw. gestrichen, andererseits zusätzlich neue geschaffen wurden, so beispielsweise für Aktivposten, die bislang noch mit einem Aktivierungsverbot im Sinne des § 248 Abs. 2 HGB a.F. belegt waren⁹⁹⁰. Mit der Möglichkeit, nunmehr auch nach § 248 Abs. 2 HGB n.F. unentgeltlich erworbene bzw. selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände zu aktivieren, haben im deutschen Bilanzrecht damit auch - zumindest indirekt - die grundlegenden Ansatzkriterien der IFRS - Vorschriften für Vermögenswerte partiell Einzug gefunden. Dies hat zur Folge, dass die bislang gültigen Kriterien der selbstständigen Bewertbarkeit und der wirtschaftlichen (künftigen) Nutzenstiftung zwar nach wie vor Bestand haben, die selbstständige Verkehrsfähigkeit

⁹⁸⁹ Dazu näher oben: D. II. 3.2.2. (Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009).

⁹⁹⁰ Müller/Wulf, 2009, S. 92.

bzw. Einzelveräußerbarkeit aber nur noch von untergeordneter Bedeutung ist. Das Primat der handelsrechtlichen Aktivierungskonzeption liegt nunmehr auf der Möglichkeit der Erzielung eines zukünftigen Nutzens, auf die Einzelveräußerbarkeit kommt es zwingend nicht mehr an⁹⁹¹. Die bislang weitestgehend formalrechtlich geprägte Abgrenzung des Terminus Vermögensgegenstände wird insofern durch eine eher wirtschaftlich geprägte Abgrenzung ersetzt⁹⁹².

4.2.2. Bilanzierungsfähigkeit von Schulden

Für eine korrekte Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ist ebenfalls die Darstellung der Schulden systemnotwendig und daher unverzichtbar, bildet sie doch das bilanzielle Pendant zu den Vermögensgegenständen. Die Schuldendeckungskontrolle soll nämlich den vermögensrechtlichen Status quo des Unternehmens widerspiegeln, d.h. den wahren Wert des Vermögens, der im Falle einer (angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz gerade zur Befriedigung der gläubigerseitigen Forderungen führe bzw. den Schulden

⁹⁹¹ Coenenberg, 2001, S. 99.

⁹⁹² Die IFRS - Vorschriften verwenden insoweit auch folgerichtig anstelle des Begriffs „Vermögensgegenstand“ den umfassender angelegten Begriff „Vermögenswert“.

des Unternehmens zur Verfügung stünde⁹⁹³. Wie bereits dargelegt, sind die einzelnen Kriterien, die eine Bilanzierungsfähigkeit von Vermögen und Schulden determinieren, identisch. Sie haben jedoch für die Bestimmung von Schulden keine wesentliche Bedeutung, da die Bilanzierung von Schulden weder einem Bilanzierungswahlrecht noch einem Bilanzierungsverbot unterliegt. Schulden lassen sich in aller Regel schon anhand einfacherer Definitionsmerkmale kennzeichnen. Danach handelt es sich um

- „bestehende rechtliche oder wirtschaftliche Verpflichtungen gegenüber Dritten, denen sich das Unternehmen aus rechtlichen, wirtschaftlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann,
- die in einer späteren Periode mit hinreichender Sicherheit zu Ausgaben führen und
- als selbstständig bewertbare wirtschaftliche Last abgegrenzt werden können“⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Begr. RegE zu § 23 (entspricht § 19 InsO), BT-Drs. 12/2443, S. 115.
⁹⁹⁴ Bossert/Manz, 1996, S. 135.

4.2.3. Der Begriff der Schulden

Schulden stellen im Sinne des deutschen Bilanzrechts den Oberbegriff für Verbindlichkeiten und Rückstellungen dar⁹⁹⁵. Das deutsche Bilanzrecht nimmt allerdings sowohl bei den Verbindlichkeiten als auch bei den Rückstellungen noch eine weitere Differenzierung vor: So ist zu unterscheiden zwischen Verbindlichkeiten und Eventualverbindlichkeiten (Bürgschaften und Garantien) sowie zwischen Schuldrückstellungen (Rückstellungen für ungewisse Schulden, Drohverlustrückstellungen und Rückstellungen für Gewährleistungen, die ohne rechtliche Verpflichtungen erbracht werden) und Aufwandsrückstellungen (Rückstellungen für unterlassene Instandhaltungen). Nach der herrschenden Meinung sind jedoch nur Verbindlichkeiten und Schuldrückstellungen als Schulden zu interpretieren⁹⁹⁶. Im Folgenden werden die einzelnen Schuldpositionen im Hinblick auf ihre Bilanzierungsnotwendigkeit bei der Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit kurz dargestellt:

⁹⁹⁵ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 246 HGB, Rn. 102.

⁹⁹⁶ Bossert/Manz, 1996, S. 135.

4.2.3.1. Verbindlichkeiten

Nach deutschem Bilanzrecht sind Verbindlichkeiten rechtlich begründete Verpflichtungen, die das Unternehmen gegenüber außenstehenden Dritten, wie beispielsweise Kreditinstituten, Lieferanten, Arbeitnehmern, verbundenen Unternehmen, Gesellschaftern etc. hat. Das Charakteristikum rechtlich begründeter Verpflichtungen liegt in ihrer eindeutigen Quantifizierbarkeit im Bezug auf Inhalt und Höhe sowie die damit einhergehende künftige Zahlungsverpflichtung, die dem Grunde nach unzweifelhaft feststeht⁹⁹⁷. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus sind daher sämtliche gegenwärtig bestehenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, die im Falle eines (angenommenen) Insolvenzverfahrens Insolvenzforderungen begründen würden⁹⁹⁸. Sie sind demnach sowohl in der Fortbestehensprognose als künftige Ausgabenströme als auch im Überschuldungsstatus mit einzubeziehen⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ Bossert/Manz, 1996, S. 104.

⁹⁹⁸ BGH, Urteil vom 27.10.1982 - VIII ZR 187/81, NJW 1983, S. 676.

⁹⁹⁹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 356.

4.2.3.2. Eventualverbindlichkeiten

Bestehende Haftungsverhältnisse sind gemäß § 251 HGB im Jahresabschluss offen zu legen. Bei diesen Haftungsverhältnissen handelt es sich in aller Regel um von Seiten des Unternehmens begebene Sicherheiten in Form von Bürgschaften, Patronatserklärungen, Garantien etc. Diese so genannten Eventualverbindlichkeiten sind keine Schulden im engeren Sinn und werden folglich auch nicht in der Bilanz ausgewiesen, sie sind vielmehr gesondert außerhalb der Bilanz oder im Anhang zu vermerken¹⁰⁰⁰. Eventualverbindlichkeiten sollen Risiken abbilden, die nur möglicherweise (eventuell) eine Belastung für das Unternehmen darstellen könnten, mit deren Eintritt allerdings eher nicht gerechnet wird. Hierin liegt die Unterscheidung zwischen zu passivierenden Verbindlichkeiten und Rückstellungen, bei denen im Gegensatz dazu eine Inanspruchnahme in der Zukunft sicher bzw. wahrscheinlich ist¹⁰⁰¹. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus sind Eventualverbindlichkeiten jedoch als Rückstellungen zu passivieren, soweit mit einer Inanspruchnahme

¹⁰⁰⁰ Coenenberg, 2001, S. 329.

¹⁰⁰¹ Coenenberg, 2001, S. 330.

gerechnet werden muss. In diesem Fall besteht aber die Möglichkeit, gleichzeitig eine Rückgriffsforderung gegen den Bürger zu aktivieren. Die Aktivierung erfolgt allerdings nur, soweit der Rückgriffsanspruch werthaltig und seine Realisierung wahrscheinlich ist¹⁰⁰².

4.2.3.3. Rückstellungen

„Rückstellungen sind Passivposten, die solche Wertminderungen der Berichtsperiode als Aufwand zurechnen, die durch zukünftige Handlungen (Zahlungen, Dienstleistungen, Eigentumsübertragungen an Sachen und Rechten) bedingt werden und deshalb bezüglich ihres Eintretens oder ihrer Höhe nicht völlig, aber dennoch ausreichend sicher sind“¹⁰⁰³. Die Bildung von Rückstellungen wird im deutschen Bilanzrecht in § 249 HGB geregelt. Im handelsrechtlichen Sinne wird dabei zwischen Schuld- und Aufwandsrückstellungen unterschieden¹⁰⁰⁴. Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt, sind die jeweiligen Rückstellungen zu bilden, da hierfür eine Pflicht besteht¹⁰⁰⁵. Ein Wahlrecht im Sinne des § 249 Abs. 1 Satz 3

¹⁰⁰² Nickert/Lamberti, 2007, S. 373.

¹⁰⁰³ Coenenberg, 2001, S. 343.

¹⁰⁰⁴ Bossert/Manz, 1996, S. 105.

¹⁰⁰⁵ Nickert/Lamberti, 2007, S. 366.

HGB a.F. gewährte das HGB bislang nur für Aufwandsrückstellungen bzw. für Verpflichtungen, die das Unternehmen sich selbst gegenüber übernommen hat (so genannte Innenverpflichtungen)¹⁰⁰⁶. Hierbei handelt es sich insbesondere um Rückstellungen für unterlassene Aufwendungen, Instandhaltung oder Abraumbeseitigung. Mit Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)¹⁰⁰⁷ wurde diese Regelung jedoch ersatzlos gestrichen mit der Folge, dass Aufwandsrückstellungen nunmehr nicht mehr bilanzierungsfähig sind¹⁰⁰⁸. Das deutsche Bilanzrecht gestattet allenfalls noch die Bildung steuerrechtlich zulässiger Aufwandsrückstellungen, wie beispielsweise unterlassene Instandhaltung für die nächsten drei Monate und Abraumbeseitigung für die nächsten 12 Monate¹⁰⁰⁹. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus werden Aufwandsrückstellungen grundsätzlich nicht angesetzt, da es sich, wie bereits dargelegt, um keine Verbindlichkeiten¹⁰¹⁰, sondern um reine Innenverpflichtungen handelt.

¹⁰⁰⁶ Bossert/Manz, 1996, S. 105.

¹⁰⁰⁷ Dazu näher oben: D. II. 3.2.2. (Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) von 2009).

¹⁰⁰⁸ § 249 Abs. 1 Satz 3 HGB wurde gestrichen.

¹⁰⁰⁹ Crone/Rebscher, KSt 2009, S. 216.

¹⁰¹⁰ Nickert/Lamberti, 2007, S. 389.

Schuldrückstellungen im handelsrechtlichen Sinne sind Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften gemäß § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB sowie Rückstellungen für Gewährleistungen, die ohne rechtliche Verpflichtung erbracht werden¹⁰¹¹. Bei Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten handelt es sich um Außenverpflichtungen, die rechtlich entstanden oder wirtschaftlich verursacht und eben ungewiss sind¹⁰¹². Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus wird die Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten maßgeblich von dem Ergebnis der Fortbestehensprognose bestimmt¹⁰¹³. Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften im Sinne des § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB bilden konkrete Verlustrisiken bei schwebenden Absatz- oder Beschaffungsgeschäften ab. Dies wird in aller Regel dann der Fall sein, „wenn aufgrund konkreter Umstände oder Tatsachen die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass ein „Verpflichtungsüberschuss“ gegeben sein wird, d.h. der Wert der eigenen Verpflichtung aus dem schwebenden Geschäft den

¹⁰¹¹ § 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HGB.

¹⁰¹² Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 249 HGB, Rn. 43 ff.

¹⁰¹³ Nickert/Lamberti, 2007, S. 370.

Wert der Ansprüche auf Gegenleistung übersteigt¹⁰¹⁴. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus wird der aus schwebenden Geschäften resultierende Verpflichtungsüberschuss grundsätzlich abgebildet¹⁰¹⁵. Für nicht rechtlich, wohl aber wirtschaftlich begründete faktische Garantie- oder Gewährleistungsverpflichtungen ist eine Rückstellung im Sinne des § 249 Abs.1 Satz 2 Nr. 2 HGB zu bilden. Bezüglich ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit greifen im Wesentlichen dieselben Kriterien wie bei Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten, d.h. der Ansatz wird auch hier maßgeblich vom Ergebnis der Fortbestehensprognose bestimmt¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Bossert/Manz, 1996, S. 107.

¹⁰¹⁵ Nickert/Lamberti, 2007, S. 376.

¹⁰¹⁶ Die Gleichbehandlung lässt sich unter anderem auch damit rechtfertigen, dass diese Rückstellungsart lediglich als Sonderfall einer unternehmerischen Garantieverpflichtung zu verstehen ist, und Passivierungspflicht auch nur dann gegeben ist, wenn der Aufwand in unmittelbarem Zusammenhang mit „eigenen Lieferungen oder Leistungen des Unternehmens steht“; vgl. hierzu: Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 249 HGB, Rn. 125 ff.

4.2.4. Eignung der handelsrechtlichen Ansatzvorschriften bei der bilanziellen Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit

Die Aktivierungskonzeption des deutschen Bilanzrechts gibt eine mehrstufige Prüfungsabfolge vor, um einen wirtschaftlichen Sachverhalt als Vermögensgegenstand bestimmen und ihn damit bilanzierungsfähig machen zu können. Die Ansatzvorschriften stoßen jedoch dann an ihre Grenzen, wenn es um eine verlässliche bilanzielle Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit geht. Um einem Vermögensgegenstand die Eigenschaft der Schuldendeckungsfähigkeit zuweisen zu können, muss dieser ein wirtschaftlich nutzbares Potenzial aufweisen¹⁰¹⁷, d.h. er muss außerhalb des eigenen Unternehmens, also gegenüber Dritten, verwertet und in Geld umgewandelt werden können, welches sodann zur Begleichung der Schulden eingesetzt werden kann¹⁰¹⁸. Die Verwertungshandlung muss dabei nicht notwendigerweise durch eine Veräußerung geschehen. Eine Verwertung liegt auch bei einer Transformation in Geld durch Einräumung einer entgeltlichen Nut-

¹⁰¹⁷ Baetge/Kirsch/Thiele, 2005, S. 162; Thiele, in: Baetge/Kirsch/Thiele (Hrsg.), 2009, § 246 HGB, Rn. 34.

¹⁰¹⁸ Baetge/Kirsch/Thiele, 2005, S. 160 ff.

zungsüberlassung, bedingten Verzicht oder Zwangsvollstreckung vor. Bei der Frage, inwieweit einem Vermögensgegenstand eine Schuldendeckungsfähigkeit attestiert werden kann, steht also klar „die Existenz eines wirtschaftlich verwertbaren Potenzials zur Deckung der Schulden des Unternehmens“¹⁰¹⁹ im Vordergrund.

Die Ansatzvorschriften im deutschen Bilanzrecht waren und sind - besonders nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) - im Hinblick auf einen verlässlichen Vermögensausweis zur Bestimmung der Schuldendeckungsfähigkeit sowohl zu eng als auch zu weit gefasst. Dies bedeutet einerseits, dass beispielsweise mit der nunmehr möglichen Aktivierbarkeit von Entwicklungsaufwendungen (Entwicklungskosten) im Sinne des § 248 Abs. 2 HGB n.F. das Vermögen zu hoch ausgewiesen würde mit der Folge, dass zwar auf den ersten Blick ein Vermögensgegenstand mit Schuldendeckungsfähigkeitscharakter gegeben wäre - was möglicherweise gewollt ist -, allerdings dieser auf den zweiten Blick angesichts der in aller Regel nicht gegebenen Einzelveräußerbarkeit bzw. Einzelverwertbarkeit im Rahmen einer

¹⁰¹⁹ Baetge/Kirsch, in: Küting/Weber (Hrsg.), 2002, Kapitel 4, Rn. 96.

Schuldendeckungskontrolle zu neutralisieren wäre. Andererseits gibt es im deutschen Bilanzrecht auch nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) keinerlei Möglichkeiten, einen Kundenstamm, selbst geschaffene Marken, Verlagsrechte etc. zu aktivieren. Ein Kundenstamm kann beispielsweise für sich gewonnen auch einen quantifizierbaren Wert darstellen, der im Rahmen einer (angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz unter Umständen einzelveräußerbar wäre. Die Nichtaktivierung hätte nunmehr umgekehrt zur Folge, dass das Vermögen zu niedrig ausgewiesen würde, so dass dieser Vermögensgegenstand aufgrund seines Schuldendeckungsfähigkeitscharakters im Rahmen einer Schuldendeckungskontrolle mit einzubeziehen wäre. M.a.W.: Im deutschen Bilanzrecht ist der Vermögensausweis im Kontext der Schuldendeckungsfähigkeit nicht korrekt bzw. unvollständig. Ein Umstand, der, bezogen auf die Unvollständigkeit, letztlich auch einen Verstoß gegen das Vollständigkeitsgebot im Sinne des § 246 HGB darstellt. Mit einem fehlerhaften Vermögensausweis ist jedoch keine korrekte Dokumentation und damit auch keine Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit möglich. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für den insolvenzrechtlichen Ansatz im Überschuldungsstatus sind nämlich grundsätzlich alle Vermögensge-

genstände auszuweisen, die im Falle eines (angenommenen) Insolvenzverfahrens als Massebestandteil im Sinne des § 35 InsO verwertbar wären¹⁰²⁰. Dies ergibt sich allein schon aus dem Sinn und Zweck einer Schuldendeckungsfähigkeitsprüfung, die gerade eine belastbare Aussage darüber treffen soll, ob und inwieweit die Möglichkeit einer Gläubigerbefriedigung besteht¹⁰²¹. Die skizzierte Vermögensausweisproblematik bezieht sich allerdings nicht auf die Bilanzierung von Schulden, da die Passivierung von Verbindlichkeiten und Rückstellungen im Rahmen einer Schuldendeckungskontrolle in aller Regel weniger ein Ansatz- als vielmehr ein Wertausweisproblem darstellt.

4.3. Wertausweis von Vermögen und Schulden: Bilanzierung der Höhe nach

Nachdem feststeht, welche Vermögensgegenstände und Schulden in einer Bilanz anzusetzen sind, muss in einem nächsten Schritt die Frage nach der anzusetzenden Höhe geklärt werden. Im deutschen Bilanzrecht besteht gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB der Grundsatz der Einzelbewertung, d.h.

¹⁰²⁰ BGH, Urteil vom 13.07.1992 - II ZR 269/91, NJW 1992, S. 2891.

¹⁰²¹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 147.

Vermögensgegenstände und Schulden sind zum Abschlussstichtag einzeln zu bewerten. Dabei sind im Sinne des § 253 Abs. 1 HGB Vermögensgegenstände höchstens mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten - vermindert um Abschreibungen -, Schulden mindestens mit dem Rückzahlungsbetrag, Rentenverpflichtungen mit dem Barwert und Rückstellungen mit dem nach „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung“ notwendigen Wert anzusetzen¹⁰²². Dem Bewertungskonzept des deutschen Bilanzrechts liegt ein Entscheidungsprozess zu Grunde, bei dem im Rahmen definierter handelsrechtlicher Bewertungsmaßstäbe der jeweilige Wertansatz und die jeweilige Methode zur Ermittlung des Bewertungsmaßstabs festgelegt werden¹⁰²³. Ob und inwieweit sich diese Bewertungsprinzipien nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) verändert, und wenn ja, in welcher Weise sich die Modifikationen auf die Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ausgewirkt haben, wird nachfolgend einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Zuvor wird noch kurz auf die Genese der Bewertungskonzeption im deutschen Bilanzrecht eingegangen.

¹⁰²² Coenenberg, 2001, S. 110.

¹⁰²³ Bossert/Manz, 1996, S. 140.

4.3.1. Bewertungskonzeption des deutschen Bilanzrechts

Im Folgenden werden die zentralen und die für die vorliegende Arbeit wesentlichen Bewertungsprinzipien des deutschen Bilanzrechts kurz vorgestellt. Es erfolgt dabei eine inhaltliche Abgrenzung zwischen dem Status quo vor und nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG).

4.3.1.1. Bewertungsprinzipien vor Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)

Am Anfang der Befassung mit der Bewertung von Vermögen und Schulden steht die Theorie der Gewinnermittlung. In der Gewinnermittlungslehre des deutschen Bilanzrechts besteht eine inhaltliche Festlegung dahingehend, dass sich der Gewinnbegriff mit einer bestimmten Vorstellung über eine Unternehmenserhaltungskonzeption verbindet. Die Unternehmenserhaltung bzw. deren Kontrollierbarkeit soll dabei durch die Gewinnrechnung bestimmt¹⁰²⁴ und über die Gewinnermittlungsbasis gesichert werden¹⁰²⁵. Das Kernproblem der Ge-

¹⁰²⁴ Coenenberg, 2001, S. 1078.

¹⁰²⁵ Bossert/Manz, 1996, S. 23.

winndefinition liegt jedoch in der Festlegung der Unternehmenserhaltungskonzeption¹⁰²⁶. Zur Verwirklichung der angestrebten Unternehmenserhaltungskonzeption gilt in der Regel der Ertrag, der nicht zur Aufwandsdeckung im Unternehmen zurückbehalten werden muss, als Gewinn bzw. als entnahmefähiger Betrag¹⁰²⁷. Die Gewinnverwendung wird dabei durch handelsrechtliche Vorgaben reglementiert, innerhalb derer die Unternehmenskoalitionäre den ausschüttungsfähigen oder thesaurierten Periodengewinn in aller Regel so bemessen und gegebenenfalls der Höhe nach so begrenzen, „dass das Unternehmen als eigenständiges organisatorisches Wirtschaftsgebilde erhalten und die Unternehmensfortführung sichergestellt werden kann“¹⁰²⁸. Obgleich die einzelnen Vorstellungen der Koalitionäre im Hinblick auf eine als „angemessen“ empfundene Gewinnausschüttung durchaus divergent sein können (Renditeinteressen von Investoren vs. Thesaurierungsinteressen der Unternehmensleitung), liegt letztlich das Primat aller Koalitionäre auf der Unternehmenserhaltung¹⁰²⁹. Der erforderliche Interessenausgleich wird üblicherweise dadurch erreicht,

¹⁰²⁶ Vgl. zum Thema Erhaltungskonzeption: Bossert/Manz, 1996, S. 19 ff.; Coenenberg, 2001, S. 1079 ff.

¹⁰²⁷ Coenenberg, 2001, S. 1078.

¹⁰²⁸ Bossert/Manz, 1996, S. 19.

¹⁰²⁹ Ebd.

dass der Gesetzgeber und/oder das Unternehmen in Eigenregie die zu realisierende Unternehmenserhaltungskonzeption vorgeben bzw. festlegen¹⁰³⁰. Im deutschen Bilanzrecht sind ausschließlich Unternehmenserhaltungskonzeptionen zulässig, die auf einer nominalen Kapitalerhaltung (Geldkapitalerhaltung) basieren, und die den Periodengewinn auf dieser Grundlage ermitteln¹⁰³¹. Die nominale Kapitalerhaltung unterstellt dabei eine konstante Kaufkraft, d.h. die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ist nach dem Nominalwertprinzip immer dann gesichert, wenn das nominelle Geldkapital von Periode zu Periode unverändert bleibt¹⁰³² bzw. das zu Beginn einer Rechnungsperiode vorhandene Eigenkapital nominal dem Eigenkapital am Periodenende entspricht¹⁰³³. Gewinn ist demnach der Unterschiedsbetrag, der das Eigenkapital am Periodenende im Vergleich zum Periodenanfang übersteigt - unter Berücksichtigung von Entnahmen und Einlagen¹⁰³⁴. Dies wird in aller Regel immer dann der Fall sein, wenn die Erträge einer Rechnungsperiode die Aufwendungen der gleichen Periode übersteigen. Die Bewertung erfolgt dabei auf Basis von

¹⁰³⁰ Bossert/Manz, 1996, S. 21.

¹⁰³¹ Bossert/Manz, 1996, S. 22.

¹⁰³² Bieg/Kußmaul, 2006, S. 25.

¹⁰³³ Bossert/Manz, 1996, S. 19.

¹⁰³⁴ Bieg/Kußmaul, 2006, S. 25.

historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, die gleichzeitig Ausgangspunkt und Obergrenze der Bewertung sind und als zentraler Bewertungsmaßstab des deutschen Bilanzrechts durch das Anschaffungswertprinzip verbindlich vorgegeben werden¹⁰³⁵.

Das Anschaffungswertprinzip im Sinne des § 253 Abs. 1 HGB (a.F.) - vielfach auch als Anschaffungskostenprinzip bezeichnet - ist folglich Ausfluss des Nominalwertprinzips und greift bei der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden auf objektiv ermittelbare historische Werte zurück. Damit soll sichergestellt werden, dass bei der Gewinnermittlung am Markt noch nicht realisierte Wertsteigerungen unberücksichtigt bleiben¹⁰³⁶. Das Anschaffungswertprinzip verhindert so, dass, im Sinne eines vorsichtsgeprägten Gläubigerschutzgedankens, Gewinne vorschnell verteilt werden, die noch gar nicht realisiert sind¹⁰³⁷. Damit wird gleichzeitig auch dem ebenfalls im deutschen Bilanzrecht verankerten Realisationsprinzip Rechnung getragen, das besagt, dass Gewinne erst dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie an den Absatzmärkten

¹⁰³⁵ Bossert/Manz, 1996, S. 19.

¹⁰³⁶ Bossert, 1997, S. 121.

¹⁰³⁷ Großfeld, 1995, S. 106.

durch konkret generierte Umsatzerlöse realisiert worden sind. Das Realisationsprinzip stellt so den zentralen Abgrenzungsgrundsatz im deutschen Bilanzrecht dar¹⁰³⁸, d.h. es bestimmt, bis zu welchem Zeitpunkt eine Leistung erfolgsneutral oder erfolgswirksam zu berücksichtigen ist¹⁰³⁹. Der hinter dem Anschaffungswert- und Realisationsprinzip stehende Gläubigerschutzgedanke wird zusätzlich noch durch das Imparitätsprinzip erweitert¹⁰⁴⁰. Demnach werden Verluste, die noch nicht realisiert, aber schon vorhersehbar sind, im Gegensatz zu den noch nicht realisierten Gewinnen durchaus erfasst. Diese imparitatische Behandlung führt dazu, dass Vermögensgegenstände nach dem Niederstwertprinzip und Schulden nach dem Höchstwertprinzip bewertet werden¹⁰⁴¹. Nach dem Niederstwertprinzip erfolgt bei der Bewertung von Vermögensgegenständen regelmäßig ein Wertvergleich zwischen den historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten, vermindert um Abschreibungen, und dem niedrigeren Tageswert am Abschlussstichtag. Im Grundsatz ist dabei in aller Regel der niedrigere Tageswert anzusetzen, d.h. die historischen Anschaf-

¹⁰³⁸ Coenenberg, 2001, S. 63.

¹⁰³⁹ Bossert/Manz, 1996, S. 64.

¹⁰⁴⁰ Das Anschaffungskostenprinzip, das Realisationsprinzip und das Imparitätsprinzip gehen auf die Aktienrechtsreform von 1937 zurück, vgl. hierzu: Zwirner, 2007, S. 116.

¹⁰⁴¹ Bossert/Manz, 1996, S. 67.

fungs- und Herstellungskosten stellen eine Bewertungsobergrenze dar¹⁰⁴². Im Gegensatz dazu erfolgt bei der Bewertung von Schulden ein Wertvergleich zwischen dem Rückzahlungskurs und einem gegebenenfalls höheren Tageswert am Abschlussstichtag. Das Höchstwertprinzip schreibt dabei vor, dass Schulden grundsätzlich mit dem höheren Tageswert anzusetzen sind¹⁰⁴³. Das Anschaffungswert-, Realisations- und Imparitätsprinzip sind Ausfluss eines zentralen Prinzips im deutschen Bilanzrecht, des Grundsatzes der Vorsicht. Das Vorsichtsprinzip ist gesetzlich kodifiziert in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB und erhebt die vorsichtige Bewertung zu einer handelsrechtlichen Maxime. Dem Vorsichtsprinzip liegt die Vorstellung zu Grunde, dass sich der vorsichtige Kaufmann nicht reicher rechnet, als er tatsächlich ist, sondern im Zweifelsfall eher ärmer¹⁰⁴⁴, d.h. die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens ist im Zweifel eher negativ-pessimistisch als positiv-optimistisch abzubilden. Für den Gewinnausweis hat das insofern zur Folge, dass dieser im Gegensatz zum Verlust eher zu niedrig als zu hoch ausgewiesen werden soll¹⁰⁴⁵. Bei einem zu hohen Gewinnausweis bestünde nämlich die Gefahr,

¹⁰⁴² Bossert/Manz, 1996, S. 67.

¹⁰⁴³ Bossert/Manz, 1996, S. 69.

¹⁰⁴⁴ Coenenberg, 2001, S. 67.

¹⁰⁴⁵ Bossert/Manz, 1996, S. 63.

dass Gewinnausschüttungen unter Umständen auch zu Lasten von Teilen der Unternehmenssubstanz gehen könnten. Derartige unbeabsichtigte Substanzminderungen liegen jedoch in aller Regel weder im Interesse der Gläubiger noch der Eigenkapitalgeber und der Unternehmensleitung. Mit dieser Form der „vorsichtigen“ Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage soll letztlich den Schutzbedürfnissen der Gläubiger, aber auch der Eigenkapitalgeber und nicht zuletzt des Unternehmens selbst entsprochen werden¹⁰⁴⁶. Das Vorsichtsprinzip unterstützt uneingeschränkt die nominale Kapitalerhaltung und soll so zur Sicherung der Unternehmenserhaltung beitragen¹⁰⁴⁷.

Das deutsche Bilanzrecht geht bei der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden von dem Grundsatz der Fortführung der Unternehmenstätigkeit (häufig auch als Going-Concern-Prinzip bezeichnet) aus. Im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB erfolgt die Bewertung grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensfortführung, soweit dem nicht tatsächliche (beispielsweise eine beabsichtigte Liquidation) oder rechtliche Gegebenheiten (beispielsweise die Stellung

¹⁰⁴⁶ Heinen, 1986, S. 166.

¹⁰⁴⁷ Bossert/Manz, 1996, S. 63.

eines Insolvenzantrages) entgegenstehen¹⁰⁴⁸. Daraus folgt, dass bei der Bewertung in aller Regel von der Prämisse ausgegangen wird, dass das betreffende Unternehmen über den Abschlussstichtag hinaus fortgeführt wird¹⁰⁴⁹. „Fortführung der Unternehmenstätigkeit bedeutet, dass das Unternehmen bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung seine Tätigkeit als werbendes Unternehmen für einen übersehbaren Zeitraum wird fortsetzen können“¹⁰⁵⁰. Aus dieser Prämisse lässt sich ableiten, dass eine Bewertung auf Basis von Liquidationswerten grundsätzlich unzulässig ist und Vermögensgegenstände und Schulden auf Basis von Fortführungswerten zu bewerten sind. Auf diese Weise soll ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens im Jahresabschluss wiedergespiegelt werden¹⁰⁵¹.

Ein weiterer zentraler Grundsatz des deutschen Bilanzrechts besagt, dass jeder Vermögensgegenstand und jeder Schuldposten gesondert für sich zu bewerten ist. Der Grundsatz der Einzelbewertung ist in § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB gesetzlich kodi-

¹⁰⁴⁸ Bossert/Manz, 1996, S. 62.

¹⁰⁴⁹ Coenberg, 2001, S. 68.

¹⁰⁵⁰ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 252 HGB, Rn. 19.

¹⁰⁵¹ Bossert/Manz, 1996, S. 63.

fiziert. Die Einzelbewertung erfordert, dass die Anschaffungs- oder Herstellungskosten den Vermögensgegenständen und Schulden direkt und individuell zugeordnet werden¹⁰⁵². Dabei sind die jeweiligen Risiken zu beurteilen und bei der Bewertung ist auf die individuellen Gegebenheiten abzustellen¹⁰⁵³. Der Grundsatz der Einzelbewertung bezieht sich immer auf den Wertansatz für einzelne Vermögensgegenstände und Schuldposten. Er wird durch die Zusammenfassung zu so genannten Bewertungseinheiten¹⁰⁵⁴ (einzeln bewerteter Güter zu einem Bilanzposten) nicht berührt. Diese Darstellung erfolgt lediglich aus Vereinfachungs- und Übersichtlichkeitsgründen¹⁰⁵⁵. Der Grundsatz der Einzelbewertung soll eine kompensatorische Bewertung verhindern, die eine Verrechnung von Wertminderungen mit Wertsteigerungen möglich machen würde und damit gegebenenfalls notwendig gewordene Abschreibungen außer acht ließe¹⁰⁵⁶. Das strenge Prinzip der Einzelbewertung wird im deutschen Bilanzrecht nur durchbrochen, soweit die Voraussetzungen für die Gruppenbewertung, die

¹⁰⁵² Bossert/Manz, 1996, S. 58.

¹⁰⁵³ Adler/Düring/Schmaltz, 1996, § 252 HGB, Rn. 43.

¹⁰⁵⁴ Bossert/Manz, 1996, S. 59.

¹⁰⁵⁵ Heinen, 1986, S. 200.

¹⁰⁵⁶ Coenenberg, 2001, S. 110.

Sammelbewertung sowie die Bewertung zu Festpreisen im Sinne der §§ 240 Abs. 4, 256 Satz 2 HGB vorliegen.

4.3.1.2. Exemplarische Änderungen durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)

Mit Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) wurden zwar die bislang gültigen Bewertungsprinzipien des deutschen Bilanzrechts im Grundsatz übernommen, es erfolgte allerdings eine Ausweitung der Bewertungswahlrechte¹⁰⁵⁷. Das deutsche Bilanzrecht geht bei der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden nach wie vor von dem Grundsatz der Fortführung der Unternehmenstätigkeit (Going-Concern-Prinzip) aus. Grundsätzlich wird auch am Prinzip der Nominalkapitalerhaltung und dem handelsrechtlichen Grundsatz der Vorsicht (Anschaffungswert-, Realisations- und Imparitätsprinzip) mit dem ihm inhärenten Gläubigerschutzgedanken festgehalten. Allerdings lassen die partiell vorgenommenen Änderungen den Rückschluss zu, dass einige Grundprinzipien des deutschen Bilanzrechts dergestalt modifiziert wurden, dass ein erster Schritt in Richtung einer mit

¹⁰⁵⁷ Haas, NWB-BB 2009, S. 348 ff.

den IFRS - Vorschriften vergleichbaren Rechnungslegung erkennbar wird¹⁰⁵⁸. Deren Zielsetzung liegt aber weniger im Gläubigerschutz als vielmehr, wie bereits dargelegt¹⁰⁵⁹, in der Vermittlung entscheidungsrelevanter Informationen für Investoren¹⁰⁶⁰.

Galten bislang die historischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Sinne des § 253 Abs. 1 S. 1 HGB als Wertobergrenze, so ist nunmehr neu, dass zumindest für zum Handel zugelassene Finanzinstrumente gemäß § 253 Abs. 1 S. 3 HGB n.F. mit dem beizulegenden Zeitwert (Fair Value) bilanziert werden. Ein Grund für das Umdenken auf die Fair-Value-Bewertung war die Mitte 2007 in den USA beginnende und bis heute noch fortwirkende globale Wirtschafts- und Finanzmarktkrise¹⁰⁶¹. Des Weiteren wird nunmehr der Grundsatz der Einzelbewertung im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB durch die Bildung von zu Bewertungseinheiten zusammengefassten Finanzierungsinstrumenten durchbrochen und dies in

¹⁰⁵⁸ Crone/Rebscher, KSI 2009, S. 211 ff.

¹⁰⁵⁹ Dazu näher oben: D. II. 3.2. (Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts: Vom Gläubigerschutz zum erfolgsorientierten Kapitalmarktreporting - ein Paradigmenwechsel).

¹⁰⁶⁰ Pellens/Fülbier/Gassen, 2006, S. 106.

¹⁰⁶¹ Crone/Rebscher, KSI 2009, S. 211.

§ 254 HGB n.F. erstmalig gesetzlich kodifiziert¹⁰⁶². Gemäß § 254 Satz 1 HGB n.F. können jetzt Vermögensgegenstände, Schulden, schwebende Geschäfte oder mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartete Transaktionen als Bewertungseinheiten zusammengefasst werden, um gegenläufige Wertänderungen oder Zahlungsströme aus dem Eintritt vergleichbarer Risiken mit Finanzierungsinstrumenten ausgleichen zu können. Im deutschen Bilanzrecht war es bislang unzulässig, bereits erwartete Transaktionen zu berücksichtigen¹⁰⁶³. Zudem ist erstmalig auch die Verrechnung positiver und negativer Wertveränderungen möglich. Mit der Neuregelung des § 254 HGB werden an dieser Stelle die allgemeinen Bewertungsvorschriften des § 252 HGB fast vollständig außer Kraft gesetzt¹⁰⁶⁴. Neu ist ebenfalls das Aktivierungswahlrecht für Entwicklungskosten bei selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen gemäß § 248 Abs. 2 HGB n.F., welches, für den Fall, dass es ausgeübt wird, dazu führt, dass die eigenen Aufwendungen zu Herstellungskosten im Sinne des § 255 Abs. 2a HGB n.F. zu bewerten sind. Da für Entwicklungskosten dieser

¹⁰⁶² Im Idealfall wird ein einzelnes Grundgeschäft (das Risiko) durch ein einzelnes Sicherungsinstrument abgesichert (so genannter Micro-Hedge). Es sind jedoch auch andere Hedge-Varianten denkbar, wie beispielsweise Macro- oder Portfolio-Hedges.

¹⁰⁶³ Haas, NWB-BB 2009, S. 350.

¹⁰⁶⁴ Haas, NWB-BB 2009, S. 351.

Art bisher ein Aktivierungsverbot gemäß § 248 HGB a.F. bestand¹⁰⁶⁵, erfolgte demgemäß auch keine Erfassung der eigenen Aufwendungen in den Herstellungskosten. Die Bewertungsvorschriften für Verbindlichkeiten und Rückstellungen haben sich ebenso geändert: Verbindlichkeiten wurden bislang mit dem Rückzahlungsbetrag gemäß § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB a.F. bewertet. Dies hat sich insofern geändert, als dass die Bewertung nunmehr nach § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB n.F. mit dem Erfüllungsbetrag erfolgt. Die Änderung ist allerdings nur redaktioneller Natur, da sie lediglich eine klarstellende Bedeutung hat. Die Bewertung als solche ist letztlich unverändert geblieben¹⁰⁶⁶. Rückstellungen wurden bisher unter Berücksichtigung der Wertverhältnisse am Bilanzstichtag mit dem Rückzahlungsbetrag gemäß § 253 Abs. 1 HGB a.F. bewertet. Das Stichtagsprinzip wurde nun aufgegeben¹⁰⁶⁷. Nach § 253 Abs. 1 u. 2 HGB n.F. werden Rückstellungen jetzt mit dem Erfüllungsbetrag bewertet, wobei nunmehr auch künftige Preis- und Kostensteigerungen zu berücksichtigen sind. Ferner besteht gemäß § 253 Abs. 2 Satz 1 HGB n.F. ein Abzinsungsgebot, d.h. Rückstellungen mit einer Laufzeit von mehr als einem

¹⁰⁶⁵ Dazu näher oben: D. II. 4.2.1. (Abstrakte und konkrete Bilanzierungsfähigkeit von Vermögensgegenständen).

¹⁰⁶⁶ Haas, NWB-BB 2009, S. 349.

¹⁰⁶⁷ Ebd.

Jahr sind jetzt mit dem durchschnittlichen Marktzinssatz abzuzinsen.

4.3.2. Wertansatz von Vermögensgegenständen

Im deutschen Bilanzrecht werden Vermögensgegenstände im Sinne des § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB höchstens mit den Anschaffungs- und Herstellungskosten, vermindert um Abschreibungen, bewertet. Anschaffungskosten sind gemäß § 255 Abs. 1 HGB die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen: Die Aufwendungen müssen hierbei dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können. Herstellungskosten sind nach § 255 Abs. 2 HGB Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten für die Herstellung, die Erweiterung oder bei einer über den ursprünglichen Zustand hinausgehenden wesentlichen Verbesserung eines Vermögensgegenstands entstehen. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für die insolvenzrechtliche Bewertung im Überschuldungsstatus können indes die Wertansätze für Vermögensgegenstände sowohl über als auch unter den Vorgaben der handelsrechtlichen Bewertungs-

vorschriften der §§ 253 Abs.1, 255 Abs.2 HGB liegen¹⁰⁶⁸. Daraus ergibt sich, dass die Schuldendeckungskontrolle einer eigenen Bewertungsmethodik folgt¹⁰⁶⁹. Zur Ermittlung des Schuldendeckungspotentials ist im Hinblick auf die Bewertung von Vermögensgegenständen zunächst einmal auf das Ergebnis einer Fortbestehensprognose abzustellen. Fällt das Ergebnis positiv aus, werden Vermögensgegenstände zu Fortführungswerten¹⁰⁷⁰ bewertet, im negativen Fall zu Liquidations- bzw. Zerschlagungswerten¹⁰⁷¹.

Eine Vermögensbewertung auf Basis von Liquidationswerten definiert das Auszahlungspotential, das Gläubigern im Falle einer (angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz zur Verfügung stünde. Dabei wird das Vermögen nicht mehr als Garant zur Erwirtschaftung künftiger Überschüsse gesehen, sondern vielmehr als eine Gesamtheit an Einzelobjekten, die es im Sinne und im Interesse der Gläubiger zu liquidieren gilt¹⁰⁷². Bei einer Bewertung auf Basis von Liquidationswerten wird die Wertobergrenze durch eine marktgerechte Einzelveräußerung

¹⁰⁶⁸ Nickert/Lamberti, 2007, S. 114.

¹⁰⁶⁹ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 34.

¹⁰⁷⁰ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 19 InsO, Rn. 46.

¹⁰⁷¹ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 19 InsO, Rn. 48.

¹⁰⁷² Wolf/Schlagheck, 2007, S. 36.

des Vermögens bestimmt, die Wertuntergrenze durch den Zerschlagungswert (Schrottwert). Der erzielbare Preis steht dabei in einem direkten Abhängigkeitsverhältnis zu der Marktnachfrage und der Liquidationsgeschwindigkeit bzw. -intensität¹⁰⁷³. Liquidationswerte haben als Bewertungsprämisse die (angedachte) Veräußerung der Vermögensgegenstände. Für den Fall, dass unter dieser Annahme Schuldendeckungsfähigkeit bestünde, d.h. dass die Differenz zwischen Vermögen und Schulden positiv wäre, wären alle Gläubiger befriedigt und es ergäbe sich eine Residualgröße, die bei den Gesellschaftern verbliebe, im umgekehrten Fall würde möglicherweise eine Insolvenzantragspflicht im Sinne des § 15a Abs. 1 InsO entstehen. „Der Liquidationswert markiert in jedem Fall die Wertuntergrenze, da im Falle eines niedrigeren Fortführungswerts die Liquidation die ökonomisch sinnvollere Handlungsalternative ist“¹⁰⁷⁴. Liquidationswerte können folglich zur Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für die insolvenzrechtliche Bewertung im Überschuldungsstatus herangezogen werden.

¹⁰⁷³ Dazu näher oben: D. I. 4.2. (Ausweis und Bewertung von Vermögen und Schulden).

¹⁰⁷⁴ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 37.

Bei einer Bewertung auf Basis von Fortführungswerten ist für Vermögensgegenstände ein Wert anzusetzen, der ihnen bei konzeptgemäßer Fortführung als Bestandteil eines Gesamtkaufpreises für das Unternehmen beizulegen wäre¹⁰⁷⁵. Insofern ist eine Bewertung auf Basis von Fortführungswerten immer zukunftsorientiert¹⁰⁷⁶. Bei der Annahme einer Unternehmensfortführung sollen durch den allokierten Einsatz sämtlicher Unternehmensressourcen die zur Schuldentilgung benötigten liquiden Mittel unter normalen Marktbedingungen aus den künftigen Erlösen des betrieblichen Leistungsprozesses erwirtschaftet werden¹⁰⁷⁷. Daraus folgt, dass bei einer Unternehmensfortführung der Wert von Vermögensgegenständen in aller Regel davon abhängig ist, inwieweit mit diesen Erträge erzielt werden können¹⁰⁷⁸. Ökonomisch legitimiert ist vor diesem Hintergrund der Ertragswert, der als Oberbegriff für zukunftsorientierte Bewertungsverfahren steht¹⁰⁷⁹. Diese Bewertungsmethodik hat jedoch zur Folge, dass es keine Fortführungseinzelwerte für Vermögensgegenstände gibt bzw. geben kann¹⁰⁸⁰. An dieser Stelle unterscheiden sich Fortführungs-

¹⁰⁷⁵ IDW, FAR 1/1996, WPg 1997, S. 22.

¹⁰⁷⁶ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 38.

¹⁰⁷⁷ Haack, BB 1981, S. 883.

¹⁰⁷⁸ Tiedchen, in: Kropff (Hrsg.), 2003, § 252 HGB, Rn. 15.

¹⁰⁷⁹ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 39.

¹⁰⁸⁰ Nickert/Lamberti, 2007, S. 151.

und Liquidationswerte grundlegend: Bei Fortführungswerten stellt sich nämlich im Gegensatz zu Liquidationswerten die Frage nach der Veräußerung von Vermögensgegenständen zur Befriedigung von Gläubigeransprüchen überhaupt nicht. Vermögensgegenstände dienen hier vielmehr der Erzielung von Erträgen, um damit künftig Verbindlichkeiten tilgen zu können, und sie dienen als Kreditsicherheit für die Gläubiger¹⁰⁸¹. Insofern können Fortführungswerte auch nur sehr bedingt zur Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für die insolvenzrechtliche Bewertung im Überschuldungsstatus herangezogen werden¹⁰⁸².

4.3.3. Wertansatz von Schulden

Schulden stellen, wie bereits dargelegt, im deutschen Bilanzrecht den Oberbegriff für Verbindlichkeiten und Rückstellungen dar¹⁰⁸³. Im Folgenden werden die wesentlichen im Rahmen der Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit gegebenen Probleme skizziert:

¹⁰⁸¹ Burger/Schellberg, BB 1995, S. 261.

¹⁰⁸² Nickert/Lamberti, 2007, S. 150; zu gezieltem Ansatz, Ausweis und Bewertungsfragen von Vermögensgegenständen im Kontext eines Überschuldungsstatus, vgl. hierzu: Nickert/Lamberti, 2007, S. 145 ff.; Wolf/Schlagheck, 2007, S. 60 ff.

¹⁰⁸³ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 246 HGB, Rn. 102.

4.3.3.1. Verbindlichkeiten

Im deutschen Bilanzrecht werden Verbindlichkeiten im Sinne des § 253 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit ihrem Erfüllungsbetrag angesetzt. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für die insolvenzrechtliche Bewertung im Überschuldungsstatus sind Verbindlichkeiten mit ihrem Nennwert zu passivieren¹⁰⁸⁴. Dabei ist der Betrag maßgeblich, der von den Gläubigern im Falle einer (angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz tatsächlich geltend gemacht werden könnte¹⁰⁸⁵ bzw. der bis zur vollständigen Tilgung zum Stichtag erforderlich wäre¹⁰⁸⁶. Eine negative Fortbestehensprognose führt dabei nicht zu einer unter dem Nennwert liegenden Bewertung der Verbindlichkeiten¹⁰⁸⁷, da das Ergebnis der Fortbestehensprognose keinerlei Einfluss auf die Bewertung bzw. den Wertausweis hat¹⁰⁸⁸. Sind Verbindlichkeiten dem Grunde und der Höhe nach unstreitig, ist ihr zu passivierender Nennwert ohne Weiteres bestimmbar, da Nennwert und Erfüllungsbetrag de-

¹⁰⁸⁴ Nickert/Lamberti, 2007, S. 356.

¹⁰⁸⁵ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 512.

¹⁰⁸⁶ Harz/Baumgartner/Conrad, ZInsO 2005, S. 1304 ff.

¹⁰⁸⁷ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 143.

¹⁰⁸⁸ Nickert/Lamberti, 2007, S. 358.

ckungsgleich sind und der Wertansatz folgerichtig aus der Handelsbilanz übernommen werden kann. Problematisch sind jedoch all jene Fälle, in denen Verbindlichkeiten dem Grunde oder der Höhe nach streitig sind. In solchen Fällen kann die Bestimmung des Nennwerts bisweilen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Streitige Verbindlichkeiten werden im Überschuldungsstatus in aller Regel als Rückstellungen erfasst¹⁰⁸⁹. Gleiches gilt auch für Eventualverbindlichkeiten, soweit mit einer Inanspruchnahme gerechnet werden muss¹⁰⁹⁰. Noch nicht fällige bzw. betagte Verbindlichkeiten werden mit ihrem Barwert erfasst, d.h. nicht fällige Verbindlichkeiten sind durch Abzinsung zu ermitteln und im Überschuldungsstatus als abgezinste Verbindlichkeiten zu passivieren¹⁰⁹¹. Auflösend bedingte Verbindlichkeiten werden, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, wie unbedingte Verbindlichkeiten behandelt und im Überschuldungsstatus mit ihrem Nennwert passiviert. Aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten werden im Überschuldungsstatus nach der Wahrscheinlichkeit ihres Bedingungseintritts passiviert¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 356 f.

¹⁰⁹⁰ Nickert/Lamberti, 2007, S. 373.

¹⁰⁹¹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 357.

¹⁰⁹² Nickert/Lamberti, 2007, S. 358; zu gezieltem Ansatz, Ausweis und Bewertungsfragen von Verbindlichkeiten im Kontext eines Überschuldungsstatus, vgl. hierzu: Nickert/Lamberti, 2007, S. 145 ff.; Wolf/Schlagheck, 2007, S. 60 ff.

4.3.3.2. Rückstellungen

Im deutschen Bilanzrecht werden Rückstellungen im Sinne des § 253 Abs. 1 Nr. 2 HGB in Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrags angesetzt. Rückstellungen, die eine Restlaufzeit von mehr als einem Jahr haben, werden dabei gemäß § 253 Abs. 2 HGB mit dem ihrer Restlaufzeit entsprechenden durchschnittlichen Marktzinssatz der vergangenen sieben Geschäftsjahre abgezinst. Im Rahmen einer Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und damit für die insolvenzrechtliche Bewertung im Überschuldungsstatus werden Rückstellungen in den Fällen gebildet, wo Verbindlichkeiten dem Grunde und/oder der Höhe nach nicht feststehen¹⁰⁹³. Die strengen Bewertungsvorschriften des deutschen Bilanzrechts (§§ 249 ff. und 252 ff. HGB) kommen hierbei allerdings nicht zur Anwendung, da die Zielsetzungen von Handelsbilanz und Überschuldungsbilanz nicht deckungsgleich sind¹⁰⁹⁴. Der Überschuldungsstatus soll den vermögensrechtlichen Status quo einer Gesellschaft bzw. den wahren Wert des Vermögens widerspiegeln, der im Falle einer

¹⁰⁹³ Nickert/Lamberti, 2007, S. 367.

¹⁰⁹⁴ Kühne, in: Institut der Wirtschaftsprüfer e.V (Hrsg.), 2006, V 14.

(angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stünde¹⁰⁹⁵. Infolgedessen besteht nach dem Willen des Gesetzgebers auch und gerade bei Rückstellungen das Erfordernis, den wahren Wert zu passivieren¹⁰⁹⁶. Allerdings liegen die besonderen Schwierigkeiten gerade in einer realistischen Einschätzung der zu bildenden Rückstellung, da von deren Höhe möglicherweise die Überschreitung der Überschuldungsgrenze abhängen kann¹⁰⁹⁷.

Bei der Bewertung von Rückstellungen wird ebenso wie bei den Vermögensgegenständen maßgeblich auf das Ergebnis einer Fortbestehensprognose abgestellt¹⁰⁹⁸. Darüber hinaus spielt auch die Art der zu bildenden Rückstellung bei der Bewertung eine Rolle. Beispielsweise werden Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten im Falle einer negativen Fortbestehensprognose aus Gläubigerschutzgründen stets mit dem vom Gläubiger geltend gemachten Betrag angesetzt, wohingegen es bei einer positiven Fortbestehensprognose auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme ankommt¹⁰⁹⁹. Die

¹⁰⁹⁵ Begr. RegE zu § 19 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115.

¹⁰⁹⁶ Nickert/Lamberti, 2007, S. 368.

¹⁰⁹⁷ Müller/Haas, 2000, S. 1799 ff.

¹⁰⁹⁸ Nickert/Lamberti, 2007, S. 370.

¹⁰⁹⁹ Uhlenbruck, 2003, § 19 InsO, Rn. 53.

Eintrittswahrscheinlichkeit lässt sich hierbei allerdings nur anhand subjektiver Einschätzungen und mithilfe pauschalierter Vermutungen, die als zusätzliche Entscheidungshilfe dienen, näherungsweise erheben. Infolgedessen kann bei einer positiven Fortbestehensprognose der Wertansatz bei Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zwischen 0% und 100% des vom Gläubiger geltend gemachten Betrags liegen¹¹⁰⁰. Drohverlustrückstellungen werden im Falle einer negativen Fortbestehensprognose nicht passiviert, da sie ausschließlich zukunftsorientiert gebildet werden und die schon in der Vergangenheit erbrachten Leistungen außer Betracht bleiben¹¹⁰¹. Im Falle einer positiven Fortbestehensprognose ist der sich ergebende Verpflichtungsüberschuss anzusetzen¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ Zur abgestuften Bewertung streitiger Verbindlichkeiten, vgl. hierzu: Nickert/Lamberti, 2007, S. 370 ff.

¹¹⁰¹ BFH, Urteil vom 03.02.1993 - IR 37/91, BB 1993, S. 892.

¹¹⁰² Der Wertansatz für Drohverlustrückstellungen ist in der Literatur streitig, vgl. hierzu: Nickert/Lamberti, 2007, S. 376; zu gezieltem Ansatz, Ausweis und Bewertungsfragen von Rückstellungen im Kontext eines Überschuldungsstatus, vgl. hierzu: Nickert/Lamberti, 2007, S. 145 ff.; Wolf/Schlagheck, 2007, S. 60 ff.

4.3.4. Eignung der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften bei der bilanziellen Darstellung der Schuldendeckungsfähigkeit

Die Bewertungsvorschriften des deutschen Bilanzrechts waren und sind - auch nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) - im Hinblick auf einen verlässlichen Vermögens- und Schuldenausweis zur Bestimmung der Schuldendeckungsfähigkeit nur bedingt geeignet. Ein Grundproblem der Bewertungsvorschriften des deutschen Bilanzrechts ist, dass sich die Höhe des Wertausweises auf die historischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten beschränkt, d.h. sie stellen nach wie vor eine Regelobergrenze dar. Soweit über die Anschaffungs- und Herstellungskosten hinaus ein marktbezogener beizulegender Wert (Fair Value) angesetzt werden kann, stellt dies auch nach Inkrafttreten des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG) eine auf Finanzinstrumente beschränkte Ausnahme von der Regel dar. Hinzu kommt, dass, soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, von der Einzelbewertung abweichend, nach wie vor gruppen-, sammel- und festpreisbewertet werden kann und nunmehr zudem vereinzelt auch noch die Möglichkeit zur Bildung von Bewertungseinheiten mit allen damit verbundenen Konse-

quenzen ermöglicht wird. Nach wie vor nachteilig für eine sachgerechte Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit ist ferner, dass zwar grundsätzlich auf einen unter den Anschaffungs- und Herstellungskosten liegenden niedrigeren beizulegenden Zeitwert am Anschlussstichtag abgewertet werden muss, diesbezüglich jedoch de facto erhebliche Spielräume hinsichtlich der Einschätzung des Umfangs der Wertminderung gegeben sein können, die in der Praxis vielfach auch genutzt werden, um die Lage des Unternehmens in der Außendarstellung positiv zu korrigieren.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in der Vergangenheit ohnehin mehrfach entschieden, dass der Handelsbilanz und damit dem deutschen Bilanzrecht allenfalls eine indizielle Bedeutung bei der Feststellung einer (insolvenz-) rechtlichen Überschuldung zukommt - die Prüfung der Schuldendeckungsfähigkeit ist im Ergebnis nichts anderes als eine (insolvenzrechtliche) Überschuldungsprüfung¹¹⁰³. Insbesondere zentrale Prinzipien des deutschen Bilanzrechts, wie das Anschaffungskosten-, Imparitäts-, Realisations- und Vorsichts-

¹¹⁰³ BGH, Urteil vom 13.07.1992 - II ZR 269/91, NJW 1992, S. 2891; BGH, Urteil vom 08.01.2001 - II ZR 88/99, ZIP 2001, S. 235 ff.; BGH, Urteil vom 07.03.2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, S. 807, NZG 2005, S. 482.

prinzip sollen nicht zur Anwendung kommen¹¹⁰⁴, da die Schuldendeckungskontrolle einer eigenen Bewertungsmethodik folgt. Besonders das Vorsichtsprinzip dient in der Praxis häufig als Vorwand für bilanzpolitische Maßnahmen, da die Bildung stiller Reserven/Lasten ermöglicht bzw. erzwungen werden¹¹⁰⁵. Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof aber auch darauf hingewiesen, dass eine in einer Handelsbilanz anhaltende, steigende rechnerische Überschuldung (bilanzielle Überschuldung) bei objektiv wirtschaftlicher Betrachtungsweise sowohl ein wesentlicher Indikator für eine (insolvenz-) rechtliche Überschuldung als auch für ein vorgelagertes Stadium der Kreditunwürdigkeit ist¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ WP-Handbuch I, 2006, V 14; Früh/Wagner, WPg 1998, S. 907.

¹¹⁰⁵ Coenberg, 2001, S. 67.

¹¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 23.02.2004 - II ZR 207/01, WM 2004, S. 1075, BB 2004, S. 1240.

III. Die Tauglichkeit der periodischen Rechnungslegung zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit

Die periodische Rechnungslegung war und ist durch den stetigen Prozess der Internationalisierung einem kontinuierlichen Wandel- und Anpassungsprozess unterworfen. Ein Ende dieses Prozesses ist aber ebenso wenig abzusehen wie der bilanztheoretischen Diskussionen, die nach wie vor im Gange und von Uneinheitlichkeit geprägt sind. Die Entwicklung der periodischen Rechnungslegung, insbesondere im Hinblick auf Bilanzierungs- und Bewertungsfragen, hat in dem Maße Einfluss auf die Fähigkeit zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit genommen, als dass sie für diese Aufgabe nur noch bedingt geeignet ist, da Vermögen und Schulden weder dem Umfang noch der Höhe nach korrekt ausgewiesen werden können. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die periodische Rechnungslegung im Sinne einer allen Seiten gerecht werden wollenden Lösung multifunktional angelegt, da unterschiedliche Zwecksetzungen in aller Regel auch zu unterschiedlichen Informationsanforderungen führen. Die Stellung des Gesetzgebers als „Vertreter“ von zum Teil

abweichenden Interessenlagen führt mithin zwangsläufig zu der Feststellung, dass die geltenden gesetzlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften nicht mehr und nicht weniger als einen „legislatorischen Kompromiss“ darstellen, in dem sich die einzelnen Machtverhältnisse der jeweiligen Interessengruppe widerspiegeln und in dem jede Gruppe versuchen wird, ihre eigenen subjektiven Vorstellungen durchzusetzen¹¹⁰⁷. Daraus folgt, dass die Gestaltungsregeln zur periodischen Rechnungslegung an unterschiedlichen, zum Teil komplementären, zum Teil konfliktären Zwecken ausgerichtet sind, getreu dem Motto: „...jedem Zweck seine eigene Bewertung, jedem Bilanzzweck seine eigene Bilanz“¹¹⁰⁸.

Dieser Informationskompromiss ist vor dem Hintergrund einer über Jahrzehnte gewachsenen Bilanzkultur zu sehen¹¹⁰⁹. Die sich hieraus ergebene Mehrfunktionalität von Bilanzen bzw. Pluralität von Bilanzzwecken führt konsequenterweise zu unterschiedlich ausgestalteten Abschlussrechnungen, beispielsweise durch die gesonderte Erstellung einer Handels- und Steuerbilanz. Aus dieser Multifunktionalität erwächst allerdings

¹¹⁰⁷ Heinen, 1986, S. 102.

¹¹⁰⁸ Stützel, ZfB 1967, S. 320.

¹¹⁰⁹ Bossert/Manz, 1996, S. 3.

auch die Erkenntnis, dass es einen Bilanzzweck ebenso wenig geben kann wie ein in sich geschlossenes Zwecksystem. Das Erfordernis, allen Bilanzaufgaben mithilfe einer (einzigen) Bilanz gerecht werden zu wollen, nährt zwangsläufig den Verdacht, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Rangfolge intendierte¹¹¹⁰ mit der Folge, dass einem Teil der Bilanzaufgaben insoweit auch nur partiell entsprochen werden konnte¹¹¹¹. Die Bilanz nach den heute geltenden gesetzlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften kann lediglich noch hilfsweise zur Kontrolle und Dokumentation der Schuldendeckungsfähigkeit herangezogen werden¹¹¹², da diese ursprüngliche Bilanzaufgabe¹¹¹³ sukzessive zu Gunsten anderer Aufgaben zurückgedrängt wurde. Insoweit ergibt sich hier im Hinblick auf den Nachweis der Schuldendeckungsfähigkeit eine klare Aussagegrenze. Die Bilanz ist zu Zwecken der Schuldendeckungskontrolle nur unter der Annahme einer (angenommenen) Liquidation bzw. Insolvenz mit den dementsprechenden Bilanzierungs- und Bewertungsimplikationen das ideale Informationsinstrumentarium¹¹¹⁴. Mit einer erweiterten Finanzplanung,

¹¹¹⁰ Bossert/Manz, 1996, S. 13.

¹¹¹¹ Moxter, 1984, S. 159.

¹¹¹² Moxter, 1984, S. 158.

¹¹¹³ Dazu näher oben: D. II. 2.1. (Statische Interpretation der Bilanz).

¹¹¹⁴ Moxter, 1984, S. 151.

bei der die Einnahmen und Ausgaben, periodisch geordnet, gegenübergestellt werden, wird darüber hinaus der Aussagegehalt über die Schuldendeckungsfähigkeit noch nachhaltiger und belastbarer¹¹¹⁵. Diese Vorgehensweise entspricht in ihrem Wesen einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung. In dem Systemmalus der heute geltenden gesetzlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriftenvorschriften der periodischen Rechnungslegung spiegelt sich die Rechtfertigung einer präventiven Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung wider. Im folgenden Kapitel soll nunmehr aufgezeigt werden, wie und in welchem Maße eine präventiv eingesetzte Überschuldungsprüfung im Sinne des § 19 InsO, um insolvenzprophylaktisch wirken zu können, durch den Faktor Zeit determiniert wird, und wie damit zugleich für die organschaftlichen Vertreter in Abhängigkeit von dem Zeitpunkt der Vornahme einer solchen Prüfungshandlung, mehr oder weniger Handlungsspielräume eröffnet werden.

¹¹¹⁵ Dazu näher oben: D. I. 3. (Wesentliche Elemente zur Dokumentation und Kontrolle der Schuldendeckungsfähigkeit).

E. Die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung gemäß § 19 InsO als Ausgangspunkt einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe

Im Verlaufe der bisherigen Arbeit wurde die Grundthese formuliert, dass frühzeitige Sanierungsbemühungen, bei rechtzeitig erkannten Krisensymptomen, der Vermeidung einer Insolvenz erfolgreich Vorschub leisten können. In den Blickpunkt der Betrachtung rückte dabei das Insolvenzrecht mit der Vorschrift des § 19 InsO, die, präventiv angewendet, insolvenzprophylaktisch wirken kann. Diese These weist auf den ersten Blick jedoch insoweit eine gewisse Widersprüchlichkeit auf, als dass die Krise eines Unternehmens gerade durch das Instrumentarium der Insolvenzordnung bzw. durch den insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestand des § 19 InsO erkennbar gemacht und letztlich geheilt werden soll. Allerdings ist dabei weniger der gesetzgeberische Hintergrund dieser Norm entscheidend als vielmehr das Instrumentarium als solches, welches, frei von jeglichen Konventionen, in der reinen Anwendung Antwort auf die Frage nach der Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens zu geben imstande ist. Die präventive Diagnose einer möglichen bzw. sich abzeichnenden Überschuldung soll damit im Rahmen einer Analogieprüfung

im Sinne des § 19 InsO der Feststellung dienen, welches Schuldendeckungspotenzial zur Verfügung stünde, inwieweit fremdes Vermögen gefährdet wäre und welchen Zugriff die Gläubiger auf das Vermögen des Unternehmens haben könnten.

Die präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung als Analogieprüfung vermag so eine sich abzeichnende Krise zeitnah erkennbar zu machen. Diese Norm beschränkt sich jedoch einzig auf das Erkennen einer Krise, d.h. sie wirkt gewissermaßen standortbestimmend und ist nicht als ein operativ nutzbares Instrumentarium zur Beseitigung derselben anzusehen. Im bestanzunehmenden Fall kann sie zum Erhalt des zu sanierenden Unternehmens beitragen. Im schlechtestanzunehmenden Fall muss die Liquidation erfolgen, soweit noch eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger möglich ist. Beide Sanierungsverläufe sind außergerichtlicher Natur, haben jedoch trotz unterschiedlicher Herangehensweisen im Ergebnis eines gemeinsam: Die Verhinderung eines Insolvenzverfahrens bei gleichzeitiger Wahrung der Gläubigerschutzinteressen. Die Prävention endet allerdings genau an dem Punkt, an dem eine außergerichtliche Sanierung aussichtslos erscheint - die insolvenzrechtliche Über-

schuldungsprüfung weist zu diesem Zeitpunkt im Ergebnis eine irreversible insolvenzrechtliche Überschuldung aus. In diesem Moment verliert die Insolvenzprophylaxe folgerichtig ihre Wirkung. Dennoch kann zumindest über eine rechtzeitige und geordnete Insolvenzantragstellung gewährleistet werden, dass, quasi als Mindestzielvorgabe, gegebenenfalls das Insolvenzverfahren mit seinen Instrumentarien als Werkzeug für eine wie auch immer geartete gerichtliche Sanierung erfolgreich genutzt werden kann. Aus diesen Erkenntnissen kann richtunggebend gefolgert werden, dass die geforderte Insolvenzprophylaxe mithilfe der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO offenbar untrennbar mit der zwingenden Notwendigkeit einer frühzeitigen Durchführung derselben verbunden sein muss. Unterjährig auftretende Indikatoren einer kritischen Entwicklung im Unternehmen müssen von organschaftlichen Vertretern im Rahmen einer wirtschaftlichen Selbstprüfung frühzeitig erkannt werden. Im Folgenden werden diese gewichtigen und in ihrer Konsequenz weitreichenden Zusammenhänge im Kontext des § 19 InsO einer genaueren Betrachtung unterzogen.

I. Die Reaktionsschwelle im Vorfeld der Insolvenz

In der BGH - Rechtsprechung spielten bislang Unterlassungshandlungen von Seiten der organschaftlichen Vertreter, wie beispielsweise Maßnahmen zur Abwendung des Niedergangs eines Unternehmens oder Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger vor einem weitgehenden oder totalen Forderungsausfall, eine wenig bedeutsame Rolle¹¹¹⁶. Es wäre jedoch nur allzu konsequent, wenn von einem bestimmten Punkt an, an dem das Risiko durch einen steten und schleichenden Niedergang des Unternehmens ein unverhältnismäßig hohes Ausmaß erreicht hat - beispielsweise kurz vor Eintritt der Insolvenzreife -, ein aktives Handeln und Gegensteuern von Seiten der organschaftlichen Vertreter und Gesellschafter zur Pflicht gemacht würde¹¹¹⁷. Das Unterlassen als Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln könnte jedoch nur dann tatbestandsmäßig sein, wenn es an das Unterschreiten eines Schwellenwerts, wie beispielsweise in Bezug auf das bilanziell ausgewiesene Eigenkapital, geknüpft wäre und zudem die Gesellschafter, die zwar jederzeit bei einer GmbH zu Geschäftsführungsentschei-

¹¹¹⁶ Roth, NZG 2003, S. 1083.

¹¹¹⁷ Ebd.

dungen befugt, aber nicht geschäftsführungszuständig sind, zeitnah mit der dadurch eingetretenen Krisensituation befasst würden¹¹¹⁸. Diese Erfordernisse sind eine der originären Aufgaben organschaftlicher Vertreter und spiegeln sich bereits in deren Selbstprüfungs- und Selbstinformationsverpflichtungen wider¹¹¹⁹.

Der Ruf nach einer generellen Vorverlegung der Reaktionsschwelle¹¹²⁰ im Vorfeld einer Insolvenz wird mit den prinzipiellen Schwächen der insolvenzrechtlichen Gläubigerschutzmechanismen begründet, die darin liegen, dass die Insolvenzantragsgründe im Zeitablauf oftmals zu spät greifen¹¹²¹. Die Insolvenzantragspflicht fußt dabei auf den von den organschaftlichen Vertretern zu verantwortenden Selbstprüfungspflichten und dem an sie gerichteten Verbot, das Unternehmen in der Situation einer insolvenzrechtlichen Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit fortzuführen¹¹²². Dies hat zur Folge, dass das haftungsauslösende materielle Unrecht nicht darin be-

¹¹¹⁸ Ebd.

¹¹¹⁹ Dazu näher unten: E. II. (Selbstinformations- und Selbstprüfungspflicht organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH).

¹¹²⁰ Roth, NZG 2003, S. 1083.

¹¹²¹ Dazu näher unten: E. III. 2.3.2. (Die Insolvenzantragspflicht im Kontext der Drei Wochen Frist).

¹¹²² Schmidt, GmbHR 2007, S. 1073.

steht, den Insolvenzantrag versäumt zu haben¹¹²³, sondern vor allem darin, dass das Unternehmen trotz materieller Insolvenz fortgeführt und hierdurch das Risiko der Fortführung auf die Gläubiger verlagert wird¹¹²⁴. Das haftungsauslösende Moment für organschaftliche Vertreter greift demnach erst, wenn das Unternehmen bereits insolvent ist und so die Notwendigkeit einer Insolvenzantragstellung ausgelöst wird¹¹²⁵, aber nicht schon im Vorfeld einer sich abzeichnenden materiellen Insolvenz.

In der Praxis wird insoweit vielfach moniert, dass die bestehenden Gesetze zu schwach sind, um eine befriedigende Insolvenzprophylaxe bewirken zu können. In der Krise befindliche Unternehmen werden durch die bestehenden Gesetze weder zu einem umsichtigen Risikomanagement¹¹²⁶ noch im Bedarfsfall zu einer rechtzeitigen Auslösung des Insolvenzverfahrens gezwungen¹¹²⁷. Viele europäische Rechtsordnungen ziehen daher in ihren gesellschaftsrechtlichen Regularien eine Grenze bei einem bestimmten Teilverlust des Stammkapitals:

¹¹²³ BGH, Urteil vom 21.03.1988 - II ZR 194/87, NJW 1988, S. 1789.

¹¹²⁴ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 1862 ff.

¹¹²⁵ Schmidt, GmbHR 2007, S. 1073.

¹¹²⁶ Dazu näher oben: B. III. 1. (Suboptimales Risikomanagement).

¹¹²⁷ Gischer/Hommel, BB 2003, S. 945.

In Deutschland konkretisiert die Norm des § 49 Abs. 3 GmbHG, dass bei hälftigem Verzehr des Stammkapitals die organschaftlichen Vertreter einer GmbH unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen haben¹¹²⁸, allerdings mit wenig bedeutsamen Rechtsfolgen¹¹²⁹. In Italien gilt die Zweidrittelregelung, wonach bei einem Verlust von zwei Drittel des Stammkapitals in Verbindung mit dem Unterschreiten des gesetzlichen Mindeststammkapitals die Gesellschaft aufzulösen ist. Ebenso verhält es sich in Spanien¹¹³⁰. Das englische Verbot des „wrongful trading“¹¹³¹ weist ebenfalls in eine ähnliche Richtung, wengleich ohne einen so präzisen tatbestandlichen Auslöser¹¹³². Das Rechtsinstitut des „wrongful trading“ rekuriert auf eine Vorverlagerung des Krisenfalls, in der eine Sanierung eingeleitet werden müsste¹¹³³, d.h. es setzt vor einer materiellen Insolvenz ein und fokussiert eine sodann gegebene „verbotene“ Unternehmensfortführung¹¹³⁴. Das öster-

¹¹²⁸ Dazu näher unten: E. II. 2. (Spezielle Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichtigen organschaftlicher Vertreter im Lichte des Gesellschaftsrechts).

¹¹²⁹ Roth, NZG 2003, S. 1083.

¹¹³⁰ Ebd.

¹¹³¹ Der Tatbestand des wrongful trading ist erfüllt, wenn das Unternehmen neue Schulden aufnimmt, obwohl zu diesem Zeitpunkt die insolvenzbedingte Liquidation des Unternehmens bereits absehbar und vernünftigerweise nicht damit zu rechnen ist, dass die Schulden in voller Höhe beglichen werden können, vgl. hierzu: Teichmann, 2006, S. 508 f.; vgl. hierzu: Mühlens, 2006, S. 166 f.

¹¹³² Fleischer, DStR 2000, S. 1015 ff.

¹¹³³ Wiesner, ZIP 2003, S. 977 ff.

¹¹³⁴ Forum Europaeum Konzernrecht, ZGR 1998, S. 672 ff.

reichische Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)¹¹³⁵ definiert einen präzisen Schwellenwert für einen obligatorischen Reorganisationsversuch. Anhand betriebswirtschaftlicher Berechnungen werden kumulativ Eigenkapitalquote und Schuldentilgungsdauer ermittelt. Demnach hat ein Reorganisationsversuch zu erfolgen, wenn die Eigenkapitalquote 8% unter- und die fiktive Schuldentilgungsdauer 15 Jahre überschreitet. Das Reorganisationsgesetz erfüllte jedoch die gesetzgeberseitigen Erwartungen nicht, da beispielsweise in dem Zeitraum zwischen 1998 und 2003 nur ganze drei darauf basierende Verfahren eingeleitet wurden, und ähnliches scheint für die praktische Funktionsfähigkeit der meisten Präzedenzfälle aus anderen Rechtsordnungen zu gelten¹¹³⁶.

Der Grundgedanke, im Vorfeld der Insolvenztatbestände eine generelle Schwelle der Existenz- und Gläubigergefährdung

¹¹³⁵ Mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz (IRÄG) von 1997 wurde in Österreich 1998 das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) eingeführt, BGBl. I 1997/114, eingeführt durch Art. XI IRÄG 1997, in Kraft seit 01.10.1997. Das URG gilt für jedes Unternehmen, ausgenommen Kreditinstitute, Pensionskassen, Versicherungsunternehmen und Wertpapierunternehmen, gleichgültig in welcher Rechtsform der Rechtsträger des Unternehmens geführt wird. Durch das URG sollen Unternehmen auf betriebswirtschaftliche Probleme ihrer Betriebe rechtzeitig mit dem Ziel aufmerksam gemacht werden, ihre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu verbessern und so ihre nachhaltige Weiterführung ermöglichen.

¹¹³⁶ Roth, NZG 2003, S. 1084.

einanzuziehen, bei deren Unterschreitung ein allgemeiner Kapitalschutz zu Gunsten der Gläubiger, aber auch des Unternehmens selbst vorgeschrieben wird und der den organschaftlichen Vertretern eine positive Reaktion in diesem Sinne abverlangt, ist den gesellschaftsrechtlichen Selbstprüfungs- und Selbstinformationsverpflichtungen organschaftlicher Vertreter eigentlich immanent. Dessen ungeachtet werden diese Verpflichtungen durch unzureichende Sanktionsmechanismen und Rechtsfolgen in der Praxis jedoch kaum gelebt.

II. Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter einer (mittelständischen) GmbH

Der deutsche Gesetzgeber hat die GmbH - für die UG (haftungsbeschränkt) gilt dies entsprechend - anders als die AG oder KGaA nicht als Publikumsgesellschaft, sondern als Rechts- und Organisationsform ausgestaltet, die durch einen vergleichsweise geringen Kapitalbedarf und eine begrenzte Anzahl an Gesellschaftern charakterisiert ist¹¹³⁷. Insoweit fokussieren die Regelungen des GmbHG vornehmlich den Schutz der Gläubiger, beispielsweise kreditvergebende Banken, Lieferanten, vorfinanzierende Kunden, Leasinggeber, stiller Gesellschafter etc., die mit der mittelständischen GmbH durch Transaktionsprozesse verbunden sind, zur Deckung des Anlage- und Umlaufkapitalbedarfs nicht unwesentlich beitragen und dadurch in besonderer Weise dem für die GmbH konstitutiven Grundsatz der Sicherung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung unterliegen¹¹³⁸. Dieser erlegt dem organ-

¹¹³⁷ Dazu näher oben: B. II. (Die GmbH als „klassische“ Rechtsform des Mittelstands).

¹¹³⁸ Dazu näher oben: B. III. 2.3.2. (Haftungsbeschränkung vs Gläubigerschutz).

schaftlichen Vertreter einer GmbH die umfassende Pflicht auf, nicht nur sich, sondern auch die nicht in die Geschäftsleitung eingebundenen Gesellschafter sowie die Gläubiger ständig, aktuell und umfassend über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu informieren. Daraus folgt, dass dem organ-schaftlichen Vertreter nicht nur die allgemeine Selbstinformati-ons- und Selbstprüfungsverpflichtung nach Maßgabe des Handelsrechts obliegt, er hat zudem noch weitere, spezielle im GmbHG verankerte Selbstinformati-ons- und Selbstprüfungs-pflichten wahrzunehmen, um die mit dem konstitutiven Grund-satz des Schutzes von Kapitalaufbringung und Kapitalerhal-tung verbundenen Verpflichtungen angemessen erfüllen zu können.

1. Allgemeine Selbstinformati-ons- und Selbstprü-fungspflichten organschaftlicher Vertreter im Lich-te des Handelsrechts

Die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr setzt zwingend voraus, dass die ökonomischen Folgen getroffener Entscheidungen quantitativ erfasst, aufbereitet und sowohl intern als auch extern kenntlich gemacht werden. Nur dadurch lässt sich gewährleisten, dass ein Unternehmen nachhaltig als

eigenständiges organisatorisches Gebilde erhalten werden kann. Diese konkret betriebswirtschaftliche Verpflichtung wird in der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland¹¹³⁹ durch eine vergleichsweise stringente Vorgabe zu beachtender Normen manifestiert, in der Form und inhaltliche Ausgestaltung unternehmerischer Dokumentations- und Informationsprozesse¹¹⁴⁰ geregelt werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Unternehmensleitung und den sonstigen Unternehmenskoalitionären angemessene, entscheidungsrelevante Informationen zur Verfügung stehen und sie in die Lage versetzt werden, Chancen und Risiken ihres Handelns im gebotenen Umfang abschätzen zu können¹¹⁴¹. Insofern dient die Informationsversorgung zum einen der Selbstinformation des Unternehmens, da der organschaftliche Vertreter zur Kontrolle seiner Dispositionstätigkeit für die abgeschlossene Periode und als Maß für die Zukunftsplanung Rechenschaft über die wirtschaftliche Entwicklung und das Ergebnis abzulegen hat¹¹⁴². Zum anderen sollen mit der Informationsversorgung aber auch berechnete Informationsinteressen

¹¹³⁹ Hatje, in: von Bogdandy (Hrsg.), 2003, S. 801 ff.; Huber, DÖV 1956, S. 97 ff.; vgl. hierzu: Nipperdey, 1960; vgl. hierzu: Sander/Sigloch, 2003.

¹¹⁴⁰ Leffson, 1964, S. 45.

¹¹⁴¹ Leffson, 1964, S. 49; Schneider, 1997, S. 3 ff.

¹¹⁴² Leffson, 1964, S. 45.

der Gläubiger, der Belegschaft, der Marktpartner und Wettbewerber sowie öffentlicher Institutionen bedient werden¹¹⁴³. Dieser Verpflichtung wird primär durch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zur Buchführung und zur Erstellung periodischer Abschlüsse entsprochen¹¹⁴⁴. Durch die zwingende und nicht abdingbare Beachtung formaler buchhalterischer Ordnungsprinzipien und Normen soll sichergestellt werden, dass die zweckgerichteten Informationen hinreichend aussagefähig sind, einer intersubjektiven Überprüfung¹¹⁴⁵ unterzogen werden können¹¹⁴⁶ und als Basis für einen an formalen und materiellen Ordnungsprinzipien ausgerichteten Jahresabschluss geeignet sind¹¹⁴⁷. Das Primat der Informationsversorgung bzw. die Verpflichtung zur Selbstinformation konkretisiert sich insbesondere in den Vorschriften der §§ 238, 264 HGB.

¹¹⁴³ Leffson, 1964, S. 49.

¹¹⁴⁴ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, Vorbemerkungen zu § 238 HGB, S. 1.

¹¹⁴⁵ §§ 238 Abs. 1 Satz 2 HGB, 145 Abs. 1 AO.

¹¹⁴⁶ Götz, 2004, S. 88.

¹¹⁴⁷ Leffson, 1964, S. 48 f.; Adler/Düring/Schmaltz, 1998, Vorbemerkungen zu § 238 HGB, S. 1 f.

1.1. Selbstinformationspflicht und Intersubjektivitätsanforderung nach § 238 HGB

Die Verpflichtung zur Selbstinformation lässt sich aus § 238 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB ableiten: Danach ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung¹¹⁴⁸ ersichtlich zu machen, wobei die Buchführung so beschaffen sein muss, dass sie einem sachverständigen Dritten in angemessener Zeit einen Überblick über die Lage des Unternehmens vermittelt¹¹⁴⁹. Der Zweck der Selbstinformationsverpflichtung besteht also darin, dass sich der buchführungspflichtige Kaufmann bzw. der organschaftliche Vertreter einer GmbH¹¹⁵⁰ Kenntnis darüber verschafft, „wohin das Unternehmen steuert und wie seine finanzielle Lage im Hinblick auf die bestehenden und für die Zukunft übernommenen Verpflichtungen ist, damit er nicht durch mangelnde Übersicht zahlungsunfähig und überschuldet

¹¹⁴⁸ Leffson, 1964, S. 48 f.

¹¹⁴⁹ Die Rechtsform der GmbH wird als Handelsgesellschaft und Formkaufmann unabhängig von ihrem festgelegten Unternehmenszweck sowohl nach handelsrechtlichen (§ 28 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 HGB und § 13 Abs. 3 GmbHG) als auch nach steuerrechtlichen Vorschriften (§§ 140, 141 AO) dieser Verpflichtung stets und uneingeschränkt unterworfen.

¹¹⁵⁰ Für die Erfüllung dieser Verpflichtung sind bei der Rechtsform der GmbH der/die organschaftlichen Vertreter gemäß § 41 GmbHG verantwortlich.

wird“¹¹⁵¹. Diese Rechenschaft des Kaufmanns bzw. des organschaftlichen Vertreters vor sich selbst wurde bereits im Parfait Nègociant¹¹⁵² und der durch diesen maßgeblich beeinflussten Ordonnance de Commerce¹¹⁵³ verankert. Diesen Zweck verfolgen seither alle Gesetzgeber, die Buchführungsbestimmungen in die Gesetze aufnehmen. Die intersubjektive Überprüfbarkeit der Buchführung trägt dem Umstand Rechnung, dass auch die Notwendigkeit einer Rechenschaft nach außen hin besteht, da die Selbstinformationsverpflichtung ebenso im öffentlichen Interesse liegt. Hierbei steht insbesondere das Schutzbedürfnis der Gläubiger im Vordergrund, da diese Gefahr laufen, geschädigt zu werden, falls der Kaufmann bzw. der organschaftliche Vertreter die Übersicht über die Lage des Unternehmens verliert¹¹⁵⁴. Die Rechenschaftslegung nach außen wird auch an anderer Stelle evident. Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft sind in aller Regel dadurch gekennzeichnet, dass Leitung und Eigentum auseinander fallen (Trennungsprinzip)¹¹⁵⁵. Diese Form der

¹¹⁵¹ Leffson, 1964, S. 49.

¹¹⁵² Gabele/Mayer, 2003, S. 6.

¹¹⁵³ Erste große europäische handelsrechtliche Kodifikation aus dem Jahr 1673, vgl. hierzu: Becker, 2004, S. 31 ff.

¹¹⁵⁴ Sigloch, in: Michalski, 2002, §§ 41-42a GmbHG, Rn. 34; Leffson, 1964, S. 49.

¹¹⁵⁵ Lutter/Hommelhoff, 2004, § 13 GmbHG, Rn. 1 und 6 zum Trennungsprinzip bei der GmbH; Hilpisch, 2005, S. 65 f.; Cornett, 2003, S. 20 f.

Trennung macht eine Kontrolle und Transparenz der Finanzen notwendig. „Wer einem anderen Vermögen zur Bewirtschaftung anvertraut, verlangt nach Erledigung des Auftrags oder nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne Rechenschaft. An der Stelle der persönlichen Vertrauensbeziehung müssen dann Rechtsnormen und Institutionen treten“¹¹⁵⁶.

Die Selbstinformation durch den handelsrechtlichen Jahresabschluss bildet allerdings nur eine verpflichtende Mindestinformation¹¹⁵⁷. Um jedoch dieser Verpflichtung hinreichend entsprechen zu können, sind unter Umständen über die gesetzlich festgelegten Dokumentationspflichten hinaus noch weitere Steuerungs- und Kontrollsysteme zu implementieren. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass die Buchführung lediglich ein Teilgebiet des Rechnungswesens eines Unternehmens darstellt und zahlreiche Schnittstellen zu anderen Teilgebieten vorhanden sind, wie beispielsweise ein eigenständiges Controlling und/oder eine Kosten- und Leistungsrechnung¹¹⁵⁸. Die hieraus gewonnenen Daten können mittelbar oder unmittelbar für den zu erstellenden Jahresabschluss so-

¹¹⁵⁶ Hertel, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.01.1961.

¹¹⁵⁷ Sigloch, in: Michalski, 2002, §§ 41-42a GmbHG, Rn. 34; Schildbach, 1986, S. 8; Schneider, 1981, S. 445.

¹¹⁵⁸ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 38; Götz, 2004, S. 98.

wie für die Beurteilung der Lage des Unternehmens relevant sein, müssen aber materiell zutreffend und formal abgesichert sein¹¹⁵⁹. Hinzu kommt, dass über die aktuelle und/oder vergangenheitsbezogene Beurteilung hinaus auch zukunftsgerichtete Informationen in Form von Planungsrechnungen¹¹⁶⁰ heranzuziehen sind, um einschätzen zu können, ob und inwieweit das Unternehmen auch künftig in der Lage sein wird, weiterhin eigenständig am Markt agieren zu können. Daraus folgt, dass die Selbstinformation sowohl retrospektiver als auch prospektiver Natur sein kann, indem zum einen historische Vorgänge kontrolliert, zum anderen künftige Entscheidungen unterstützt werden können¹¹⁶¹.

Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 238 HGB und somit gegen die Selbstinformationspflicht kann im Falle einer Insolvenz strafrechtliche Konsequenzen im Sinne der §§ 283-283d StGB auslösen. Diese Vorschriften enthalten Bestimmungen, die Verletzungen von handelsrechtlichen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften strafrechtlich bedeutsam werden lassen¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 39.

¹¹⁶⁰ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 38.

¹¹⁶¹ Schmidt, 1994, S. 109; Schneider, 1997, S. 30 ff.

¹¹⁶² Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 58 f.

1.2. Informationserweiterung nach § 264 Abs. 2 HGB

Die allgemeine Informationsverpflichtung und deren Schlussfolgerung, die sich für den Kaufmann bzw. den organschaftlichen Vertreter aus der Vorschrift des § 238 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB ableiten lässt, wird für Kapitalgesellschaften hinlänglich durch die Vorschrift des § 264 Abs. 2 HGB präzisiert. Demnach hat der Jahresabschluss einer Kapitalgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung¹¹⁶³ ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln. Die Vorschrift des § 264 Abs. 2 HGB befasst sich anders als § 238 Abs. 1 Satz 2 HGB nicht generell mit der Lage des Unternehmens, sondern differenziert diese in eine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage aus, d.h. im Jahresabschluss werden die Informationen der Buchführung zu einzelnen Aussagen zusammengefasst dargestellt¹¹⁶⁴. Im Gegensatz zu § 264 Abs. 2 HGB ist jedoch § 238 Abs. 1 Satz 2 HGB inhaltlich weiter gefasst, da eine intersubjektive Überprüfbarkeit der Buchführung über eine „undifferenzierte Lage des Unternehmens“ ge-

¹¹⁶³ Leffson, 1964, S. 49.

¹¹⁶⁴ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 39.

fordert wird, d.h. ein an den Anforderungen des § 264 Abs. 2 HGB gemessener Jahresabschluss vermittelt aufgrund des mit der Verdichtung einhergehenden Informationsverlustes „nur noch“ ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage¹¹⁶⁵. Die Buchführung stellt daher das am weitesten reichende Informationsmittel dar. Gleichwohl werden für die Beurteilung eines Unternehmens anhand eines Jahresabschlusses mit der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage die wichtigsten Kriterien angesprochen¹¹⁶⁶, so dass das durch den Jahresabschluss vermittelte Bild der drei Lagen den tatsächlichen Verhältnissen eines Unternehmens gleichgesetzt werden kann. Die Frage nach den tatsächlichen Verhältnissen hängt allerdings entscheidend von der Position des Betrachters ab¹¹⁶⁷. Gemäß § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB führen besondere Umstände, die ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage nicht zulassen, zu dem Erfordernis, im Anhang zusätzliche Angaben machen zu müssen. In aller Regel wird aber die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens durch das gesetzlich vorge-

¹¹⁶⁵ Ebd.

¹¹⁶⁶ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 264 HGB, Rn. 60.

¹¹⁶⁷ Müller/Wanik, 1986, S. 20 f.

gebene Rechnungslegungsinstrumentarium für Kapitalgesellschaften in hinreichendem Umfang abgebildet¹¹⁶⁸. Der Jahresabschluss soll hierbei in seiner Gesamtheit (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang) ein getreues Bild der drei Lagen zeichnen, wobei allerdings nicht die einzelnen Elemente, sondern deren Zusammenwirken als Gesamtheit die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen hat¹¹⁶⁹. Dabei soll primär sichergestellt werden, dass der Jahresabschluss informationsbezogen alle aktuellen und potenziellen Beteiligten (Unternehmensleitung und alle sonstigen Unternehmenskoalitionäre) über die vergangene und erwartete Unternehmensentwicklung in Kenntnis zu setzen vermag¹¹⁷⁰.

Zu den selbstverständlichen Pflichten eines jeden zur Rechnungslegung verpflichteten Unternehmens gehört die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über den Jahresabschluss. Allerdings haben die gewonnenen Erfahrungen vor Einführung der Prüfungspflicht aufgezeigt, dass zur Einhaltung dieser Pflichten eine Kontrolle durch unabhängige Prüfer unabding-

¹¹⁶⁸ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 264 HGB, Rn. 62.

¹¹⁶⁹ Moxter, 1986, S. 67; ders., in: Havermann (Hrsg.), FS Goerdeler, 1987, S. 361 ff.; Schildbach, BFuP 1987, S. 1 ff.

¹¹⁷⁰ Sigloch, in: Michalski, 2002, §§ 41-42a GmbHG, Rn. 35; Federmann, 2000, S. 49; Schildbach, 2000, S. 58 ff.

bar ist. Zum Teil aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis, zum Teil aber auch vorsätzlich (Bilanzmanipulation, Bilanzfälschung) waren gesetzliche Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet worden¹¹⁷¹. Die Vorschrift des § 316 Abs. 1 HGB regelt die Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses. Die Prüfungspflicht richtet sich dabei nach der Größe des Unternehmens gemäß § 267 HGB. Demnach sind alle Kapitalgesellschaften prüfungspflichtig und durch einen Abschlussprüfer zu prüfen, die nicht kleine Kapitalgesellschaften im Sinne des § 267 HGB sind. Die Befreiung von der Prüfungspflicht bzw. die Möglichkeiten der Erleichterungen für die Aufstellung und Offenlegung eines Jahresabschlusses führen zu einem weiteren Informationsverlust. Auch an dieser Stelle wird deutlich, dass die Selbstinformationsverpflichtung nach der Vorschrift des § 238 Abs. 1 Satz 2 HGB über den Umfang der Rechnungslegung im Rahmen eines Jahresabschlusses hinausgeht¹¹⁷². Die mittelständische GmbH ist in aller Regel als kleine Kapitalgesellschaft nach der Vorschrift des § 316 Abs. 1 HGB nicht prüfungspflichtig, d.h. der zu erstellende Jahresabschluss wird keiner externen Kontrolle unterzogen. Die in § 267 HGB vorgenommene Differenzierung nach Größenklassen war eine

¹¹⁷¹ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 316 HGB, Rn. 17.

¹¹⁷² Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 238 HGB, Rn. 39.

der wesentlichen Neuerungen des Bilanzrichtliniengesetzes (BiRiLiG)¹¹⁷³. Sie fand in dieser Form erst während der Beratungen des Rechtsausschusses Eingang in das Gesetz¹¹⁷⁴, da nach dem Regierungsentwurf lediglich die kleine GmbH von der Prüfungspflicht freigestellt werden sollte, nicht aber die kleine AG¹¹⁷⁵. Nicht prüfungspflichtigen Kapitalgesellschaften steht es jedoch frei, ihren Jahresabschluss einer freiwilligen Abschlussprüfung zu unterziehen, um in gleicher Weise wie bei einer Pflichtprüfung die Ordnungsmäßigkeit des Jahresabschlusses gegenüber den Gesellschaftern und/oder Dritten darzulegen (Beglaubigungsfunktion), aber auch um die organchaftlichen Vertreter informatorisch bei der Erfüllung ihrer Überwachungspflichten im Unternehmen zu unterstützen (Kontroll- und Informationsfunktion)¹¹⁷⁶.

Obgleich die Jahresabschlussprüfung lediglich eine formale Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung und des daraus abgeleiteten Abschlusses beinhaltet, vermag sie doch

¹¹⁷³ Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts-Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I S. 2355).

¹¹⁷⁴ Ber. Rechtsausschuss, BT-Drs. 10/4268 vom 18.11.1985, S. 117.

¹¹⁷⁵ BT-Drs. 10/317 vom 26.08.1983, § 162 Abs. 1 Satz 1 AktG-E und § 42b GmbHG-E.

¹¹⁷⁶ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 316 HGB, Rn. 36.

durchaus Anhaltspunkte hinsichtlich des Sicherheitsgrades der zur Verfügung gestellten, verdichteten Informationen und der Going-Concern-Fähigkeit (Fortführung der Unternehmenstätigkeit) eines Unternehmens zu vermitteln. Der letztgenannte Punkt recurriert insbesondere auf die Frage, ob und inwieweit „das Unternehmen bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung¹¹⁷⁷ seine Tätigkeit als werbendes Unternehmen für einen übersehbaren Zeitraum wird fortsetzen können“¹¹⁷⁸. Die Notwendigkeit, dieser Frage genauer nachzugehen, besteht insbesondere dann, wenn Indizien vorliegen, die eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit in Frage stellen könnten¹¹⁷⁹. Indizielle Hinweise auf eine derartige Gefährdung können beispielsweise sein: Knappe Eigenkapitaldecke, erhebliche Verluste, enge Liquiditätsslage, ungünstige Zahlungserwartungen, schlechte Auftragslage etc.¹¹⁸⁰. Der Grundsatz der Unternehmensfortführung war schon vor seiner Normierung Bestandteil der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung¹¹⁸¹, er gehört heute zu den fundamentalsten Bilanzierungsgrundsätzen¹¹⁸².

¹¹⁷⁷ Westermann, HURB 1986, S. 351 ff; vgl. hierzu: Raab, 1991.

¹¹⁷⁸ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 252 HGB, Rn. 24.

¹¹⁷⁹ Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 2000, § 42 GmbHG, Rn. 244; Niehus/Scholz, in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus (Hrsg.), 1987, §§ 238 - 335 HGB, Rn. 167.

¹¹⁸⁰ Adler/Düring/Schmaltz, 1998, § 252 HGB, Rn. 25.

¹¹⁸¹ Leffson, 1964, S. 50.

¹¹⁸² Luik, in: Groß (Hrsg.), FS v. Wysocki, 1985, S. 61 ff.

Die handelsrechtliche Selbstinformationsverpflichtung ist formal und materiell sehr umfassend angelegt. Sie soll den in den Real- und Nominalgütertausch involvierten Wirtschaftssubjekten Schutz gewähren und damit zur strukturellen Ordnung einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung beitragen. Unternehmensleitung und alle sonstigen Unternehmenskoalitionäre einer mittelständischen GmbH können jedoch in aller Regel nicht auf die Schutzfunktion eines von einem externen Abschlussprüfer erstellten Prüfungsberichts nebst Prüfungstestat zurückgreifen. Infolgedessen sind bei der mittelständischen GmbH bzw. deren organschaftlichen Vertretern besonders hohe Anforderungen an die angemessene, zutreffende und aktuelle Wahrnehmung der Selbstinformationsverpflichtung zu stellen¹¹⁸³. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Komplexität einer globalen ökonomischen Welt und der Abbildung der damit verbundenen Transaktionsinformation in Buchhaltung und Jahresabschluss

¹¹⁸³ Hommelhoff, ZfB 1984, S. 708 f.; BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669; BGH, Beschluss vom 13.09.2007 - 5 StR 292/07, LSK 2008, 030151 (Ls.), im Zusammenhang mit der Existenzgefährdung bei der GmbH; BGH, Beschluss vom 30.01.2003 - 3 StR 437/02, LSK 2003, 400117 (Ls.), im Zusammenhang zwischen Krise und verspäteten Bilanzerstellung; BGH, Beschluss vom 14.01.2003 - 4 StR 336/02, LSK 2003, 420332 (Ls.), im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Feststellung einer objektiven Überschuldung; BGH, Beschluss vom 07.02.2002 - 1 StR 412/01, NSTZ 2002, S. 327, im Zusammenhang mit einer unordentlichen Buchführung etc.

Rechnung zu tragen ist. Soweit der Gesetzgeber hierzu (notwendig) Regelungen erlassen hat, stellen diese in der Regel angesichts der Vielfalt zu verfolgender Ziele lediglich „legislatorische Kompromisse“¹¹⁸⁴ dar, die allenfalls den Rahmen festlegen, innerhalb dessen die Selbstinformationsverpflichtung wahrzunehmen ist.

2. Spezielle Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter im Lichte des Gesellschaftsrechts

Dem für die GmbH konstitutiven Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsatz entsprechend wird die handelsrechtliche Selbstinformationspflicht durch spezielle im GmbHG verankerte Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten ergänzt, die sowohl zum Schutz der Gesellschaft¹¹⁸⁵ als auch zum Schutz der Gläubiger beitragen sollen. Dieses gesellschaftsrechtliche Pflichtensystem lässt sich untergliedern in die Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG als Ausfluss allgemeiner Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten, die Vermögenssicherungspflicht nach §§ 43, 43a GmbHG sowie

¹¹⁸⁴ Kübler/Assmann, 1990, S. 261 f.

¹¹⁸⁵ Gottwald, 2006, § 92, Rnr. 18 ff.

die erweiterte gesellschafterbezogene Informationspflicht nach § 49 Abs. 3 GmbHG¹¹⁸⁶.

2.1. Die Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG als Ausfluss allgemeiner Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten

Die organschaftlichen Vertreter haben insbesondere die Verpflichtung zur beständigen wirtschaftlichen Selbstprüfung, d.h. die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ist regelmäßig zu überprüfen und zu kontrollieren¹¹⁸⁷. Eine solche Regelung ist jedoch, anders als bei § 91 Abs. 2 AktG¹¹⁸⁸, im GmbHG nicht ausdrücklich gesetzlich normiert¹¹⁸⁹. Entsprechende Verpflichtungen können sich aber für organschaftliche Vertreter aus der Verpflichtung zur Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs eines ordentlichen Geschäftsmanns im Sinne des § 43 Abs. 1

¹¹⁸⁶ Gottwald, 2006, § 92, Rn. 3 ff.

¹¹⁸⁷ BGH, Urteil vom 06.06.1994 - II ZR 292/91, GmbHR 1994, S. 539 ff., ZIP 1994 ff., S. 1103 ff.; OLG Celle, Urteil vom 13.04.2000 - 11 U 112/99, LSK 2000, 420288; Roth/Altmeppen, 2005, § 43 GmbHG, Rn. 10; Lutter, GmbHR 2000, S. 301 ff.; Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 682; Haas, in: Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), 2004, S. 73 f.

¹¹⁸⁸ Dazu näher oben: B. III. 1.2. (Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems).

¹¹⁸⁹ Die Änderung des AktG soll jedoch, so die Gesetzgebung (BT-Drucks 13/9712, S. 15), auch auf solche GmbH ausstrahlen, die aufgrund ihrer Größe und Struktur mit einer AG vergleichbar sind; Remme/Theile, GmbHR 1998, S. 909 ff.; Uhlenbruck, GmbHR 1999, S. 313 ff.; Altmeppen, ZGR 1999, S. 291 ff.; Lutter, GmbHR 2000, S. 301 ff.

GmbHG ergeben¹¹⁹⁰. Ein organschaftlicher Vertreter schuldet die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu beachten hat¹¹⁹¹. Demnach muss er jederzeit in der Lage sein, sich über die vermögensrechtliche Situation der Gesellschaft schnell und umfassend informiert zu halten, um die von der Gesellschaft eingegangenen Risiken abschätzen und steuern zu können¹¹⁹². Notfalls besteht für ihn die Verpflichtung, sich entsprechend fachkundigen Rat bei den damit befassten Berufsgruppen, wie beispielsweise Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und/oder Steuerberatern, einzuholen. Darüber hinaus muss der organschaftliche Vertreter für eine Organisation innerhalb der Gesellschaft sorgen, die ihn in die Lage versetzt, die wirtschaftliche und finanzielle Situation, insbesondere anhand der Buchhaltung¹¹⁹³, jederzeit zu überblicken und Risiken so rechtzeitig zu erkennen, dass wirksame Maßnahmen zu ihrer Steuerung ergriffen werden können¹¹⁹⁴. Die Organisation sollte so be-

¹¹⁹⁰ Dazu näher oben: B. III. 1.2. (Verpflichtung zur Einreichung eines Risikomanagementsystems).

¹¹⁹¹ OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998 - 8 U 98/98, LSK 1999, 310062 (Ls.).

¹¹⁹² BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669; Goette, ZInsO 2001, S. 529 f.

¹¹⁹³ Goette, DStR 1995, S. 1640.

¹¹⁹⁴ Lutter/Hommelhoff, 2004, § 43 GmbHG, Rn. 19.

schaffen sein, dass sie dem organschaftlichen Vertreter nicht nur einen Überblick über die augenblickliche, sondern auch über die künftige wirtschaftliche Situation der Gesellschaft ermöglicht¹¹⁹⁵. Diese Organisationspflicht ist inzwischen integraler Bestandteil der Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung¹¹⁹⁶. Gleichwohl wird diesen existenziellen Notwendigkeiten mehrheitlich durch organschaftliche Vertreter nicht Rechnung getragen¹¹⁹⁷.

Der Anlass zur wirtschaftlichen Selbstprüfung besteht für organschaftliche Vertreter aber nicht nur dann, wenn aus der Handelsbilanz ersichtlich wird, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen aufgezehrt worden ist und die Handelsbilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag¹¹⁹⁸ ausweist. Anlass zur wirtschaftlichen Selbstprüfung müssen vielmehr auch unterjährig auftretende Indikatoren einer krisenhaften Entwicklung sein¹¹⁹⁹. Gleichwohl

¹¹⁹⁵ BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669; Haas, 1997, S. 18 ff.

¹¹⁹⁶ Altmeppen, ZGR 1999, S. 301 f.; Lutter, GmbHR 2000, S. 301 ff.

¹¹⁹⁷ Dazu näher oben: B. III. 1.4. (Entwicklungsstand des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen aus empirischer Sicht).

¹¹⁹⁸ BGH, Hinweisbeschluss vom 15.10.2007 - II ZR 236/06; „Für die Feststellung der Insolvenzreife hat die Handelsbilanz indizielle Bedeutung“.

¹¹⁹⁹ Müller/Haas, 2000, S. 1799; Haas, in: Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), 2004, S. 73 ff.

ist in diesem Zusammenhang generell streitig, ob überhaupt eine Pflicht für organschaftliche Vertreter besteht, die Liquidität sowie die Gewinn- und Verlustrechnung der Gesellschaft fortwährend zu beobachten¹²⁰⁰. Justiziabel ist jedoch zumindest eine Missachtung des § 64 Satz 3 GmbHG, wonach ein organschaftlicher Vertreter zum Ersatz von an Gesellschafter geleisteten Zahlungen verpflichtet wird, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten¹²⁰¹. Letztlich ist auch die Insolvenzantragspflicht nichts anderes als Ausdruck der ständigen Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter¹²⁰² und der hiermit verbundenen Sanktionierung von Fällen unerlaubter Geschäftsführung¹²⁰³. „Der Insolvenzantrag ist gewissermaßen nur ein letzter Fluchtweg aus dem für die Unternehmensleitung in der Krise unausweichlichen Dilemma zwischen erlaubter und verbotener Geschäftsführung“¹²⁰⁴. Die eigentliche Botschaft der Insolvenzantragspflicht liegt demgemäß in der Verpflichtung der organschaftlichen Vertreter zur Krisenvermeidung und gegebenenfalls zur recht-

¹²⁰⁰ Tiedemann, in: Scholz (Hrsg.), 2002, § 84 GmbHG, Rn. 101 f.; Bittmann, 2004, § 11 StGB, Rn. 115.

¹²⁰¹ Uhlenbruck, 2003, § 6 InsO, Rn. 21; Altmeppen, ZGR 1999, S. 291 ff., Veil, ZGR 2006, S. 374 ff.; Hirte, 2006, Rnr. 3, 52.

¹²⁰² Schmidt, GmbHR 2007, S. 1078.

¹²⁰³ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 1862 ff.

¹²⁰⁴ Schmidt, GmbHR 2007, S. 1078.

zeitigen Krisenüberwindung¹²⁰⁵, denn im Falle eines Gesetzesverstoßes besteht das haftungsauslösende materielle Unrecht in der Fortführung des Unternehmens, ungeachtet eines offensichtlichen Gläubigerrisikos.

2.2. Die Vermögenssicherungspflicht nach §§ 43, 43a GmbHG

Im Vorfeld einer sich abzeichnenden Insolvenz, d.h. mit Eintritt einer Unterbilanz legen die gesellschaftsrechtlichen Regularien der §§ 43 u. 43a GmbHG dem organschaftlichen Vertreter besondere Pflichten im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen auf¹²⁰⁶. Demnach sind gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG organschaftliche Vertreter der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider gehandelt und Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter geleistet oder entgegen den Bestimmungen des § 33 GmbHG eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Ferner darf das zum Erhalt des

¹²⁰⁵ Ebd.

¹²⁰⁶ Uhlenbruck, GmbHR 1999, S. 313 f.; Haas, in: Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), 2004, S. 73 ff.

Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft gemäß § 43a GmbHG nicht als Kredit an andere gesetzliche Vertreter respektive gleichgestellte Personen ausgegeben werden. Sinn und Zweck dieser Regelungen ist der Schutz des Netto- oder Reinvermögens¹²⁰⁷ der Gesellschaft in Höhe des Stammkapitals. Dieser Schutzmechanismus soll einerseits einen Beitrag zum Überleben der Gesellschaft und andererseits einen Beitrag zur Befriedigung der Gläubigerforderung leisten¹²⁰⁸.

2.3. Die erweiterte gesellschafterbezogene Informationspflicht nach § 49 Abs. 3 GmbHG

Die organschaftlichen Vertreter haben zudem eine erweiterte Informationsverpflichtung gegenüber den Gesellschaftern. Diese trifft gemäß § 49 Abs. 3 GmbHG die Geschäftsleitung in besonderem Maße im Vorfeld einer Insolvenz, und zwar dann, wenn aus der Jahresbilanz oder aus einer unterjährig aufgestellten Bilanz ersichtlich wird, dass die Hälfte des Stammkapi-

¹²⁰⁷ Das Reinvermögen entspricht dem Eigenkapital; vgl. hierzu: Wehrheim/Schmitz, 2009, S. 24; Wengel, 2007, S. 113.

¹²⁰⁸ Scholz, 2000, § 30 GmbHG, Rn. 1 f.; Lutter/Hommelhoff, 2004, § 30 GmbHG, Rn. 1 und § 43 a GmbHG, Rn. 1; Kleffner, 1994, S. 24 ff.

tals aufgezehrt ist¹²⁰⁹. Unter diesen Voraussetzungen haben die organschaftlichen Vertreter unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen¹²¹⁰. Die Norm des § 49 Abs. 3 GmbH konkretisiert die Einberufungspflicht dahingehend, dass, im Interesse der Gesellschafter, die organschaftlichen Vertreter unverzüglich verpflichtet sind, dieselben in Kenntnis zu setzen, soweit das Nettoaktivvermögen¹²¹¹ der Gesellschaft nicht mehr die Hälfte des Stammkapitals abdeckt¹²¹². Der eigentliche Zweck dieser Norm liegt jedoch nicht in der Publizität dieses Ereignisses; die Einberufungspflicht ist allenfalls eine gewollte Nebenfolge¹²¹³. Diese Vorschrift soll vielmehr als gesetzlich fixiertes Krisenwarnsignal dienen¹²¹⁴ und eine Pufferzone¹²¹⁵ zwischen normalen Geschäftsrisiken und einem bestehenden Insolvenzrisiko schaffen. Die Frage, ob tatsächlich das Nettoaktivvermögen einer Gesellschaft nicht mehr die Hälfte des Stammkapitals erreicht, lässt sich aber nur anhand

¹²⁰⁹ Otto, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), 1997, § 401 AktG, Rn. 15.

¹²¹⁰ Ehlers, DStR 1998, S. 1756.

¹²¹¹ Das Nettoaktivvermögen ist der Betrag des Stammkapitals zuzüglich der Rücklagen, deren Ausschüttung das Gesetz oder die Satzung nicht gestattet (Stammkapital zuzüglich der gebundenen Rücklagen); vgl. hierzu: Najderek, 2009, S. 40.

¹²¹² Lutter/Hommelhoff, 2004, § 49 GmbHG, Rn. 13.

¹²¹³ BGH, Urteil vom 09.07.1979 - ZR II 118/77, NJW 1979, S. 1829 f.

¹²¹⁴ Mertens, AG 1983, S. 173 ff.

¹²¹⁵ Ebd.

einer Bilanz ermitteln¹²¹⁶. Ausgangspunkt hierfür bilden die handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften¹²¹⁷. Die Höhe der innerhalb der Bilanz auszuweisenden Werte (Fortführungs- oder Liquidationswerte) bestimmt sich allerdings nach dem Ergebnis einer pflichtgemäß entwickelten Fortbestehensprognose¹²¹⁸, d.h. die Ermittlung des Verzehrs von 50% des Stammkapitals erfolgt insoweit analog der Überprüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung im Sinne des § 19 InsO¹²¹⁹.

Über den Wortlaut des § 49 Abs. 3 GmbHG hinaus besteht jedoch die Einberufungs- und Informationsverpflichtung gegenüber Gesellschaftern schon zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt, und zwar bereits dann, wenn die organschaftlichen Vertreter bei pflichtgemäßer Beobachtung der Geschäftslage

¹²¹⁶ Lutter/Hommelhoff, 2004, § 49 GmbHG, Rn. 13.

¹²¹⁷ Thümmel, BB 2002, S. 1105 f.

¹²¹⁸ Müller, ZGR 1985, S. 203; Priester, ZGR 1999, S. 533 ff.

¹²¹⁹ Kraemer/Vallender/Vogelsang, 2002, Kapitel 2, Rn. 48. Der Verfasser weist an dieser Stelle darauf hin, dass die beiden in den Kommentierungen des § 49 Abs. 3 GmbHG erwähnten Instrumente einer Bilanz und einer Fortbestehensprognose näherungsweise, zumindest formal, der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO entsprechen. Ihm ist jedoch in seiner zehnjährigen Erfahrung in der Insolvenzverwaltung kein Fall bekannt geworden, dass ein organschaftlicher Vertreter im Falle des hälftigen Verzehrs der Stammkapitalziffer eine Prüfungshandlung in der zuvor beschriebenen Weise vorgenommen hätte, geschweige denn, im Falle einer nachmaligen Insolvenz, seiner Einberufungs- und Informationspflichtung gegenüber Gesellschaftern im Vorfeld derselben nachgekommen wäre.

und ihrer Entwicklung einen Verlust in der zuvor beschriebenen Weise hätten annehmen müssen¹²²⁰. Trifft dies zu, sind die organschaftlichen Vertreter verpflichtet, ihre Annahme unverzüglich durch Erstellung einer Zwischenbilanz zu verifizieren oder zu widerlegen¹²²¹. Ist der hälftige Verzehr des Stammkapitals hingegen offensichtlich, kann auf die Erstellung einer Zwischenbilanz verzichtet werden. In diesem Falle reicht die so genannte „Bilanz im Kopf des Geschäftsführers“ aus¹²²². Voraussetzung hierfür ist dabei jedoch, dass in dem Unternehmen eine hinreichend aussagefähige Kontrollorganisation implementiert wird¹²²³, ein Erfordernis, dem in der Praxis in der Regel nicht oder nur unzureichend entsprochen wird¹²²⁴.

3. Notwendigkeit der Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter

Im Rahmen seiner Selbstinformationsverpflichtung ist der organschaftliche Vertreter der GmbH gehalten, sich ständig ei-

¹²²⁰ BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669.

¹²²¹ Ebd.

¹²²² Müller, ZGR 1985, S. 212.

¹²²³ BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669; Wittkowsky, EWiR 1995, S. 786.

¹²²⁴ Dazu näher oben: B. III. 1.4. (Entwicklungsstand des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen aus empirischer Sicht).

nen Überblick über die wirtschaftliche Lage „seines“ Unternehmens zu verschaffen. Buchhaltungs- und Rechnungslegungspflicht haben in diesem Kontext sicherzustellen, dass die hierzu erforderlichen Informationen in standardisierter Form so dokumentiert und aufbereitet werden, dass ein sachverständiger Dritter in die Lage versetzt wird, sich in angemessener Zeit über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu informieren. Die korrekte, willkürfreie Wahrnehmung der Selbstinformationsverpflichtung ist insoweit unabdingbare Voraussetzung dafür, den berechtigten Informationsbedürfnissen unternehmensexterner Institutionen und Gruppen Rechnung zu tragen. In diesem Kontext kommt insbesondere den Gläubigern der mittelständischen GmbH besondere Bedeutung zu, da diese als kreditvergebende Bank, Lieferant, vorfinanzierender Kunde, Leasinggeber, stiller Gesellschafter etc. unmittelbar zur Deckung des Anlage- und Umlaufkapitalbedarfs der Gesellschaft beitragen. Folgerichtig werden bei der GmbH Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung als essentielles Prinzip dieser Rechtsform für besonders schutzwürdig erachtet, so dass über die Selbstinformationsverpflichtung hinaus weitere Informations- und Prüfungspflichten normiert und dem organschaftlichen Vertreter auferlegt werden. Dies gilt auch und gerade in Hinblick auf das rechtzeitige Erkennen

möglicher Unternehmenskrisen, die gegebenenfalls zu einer nachhaltigen Gefährdung der existenziellen Basis des Unternehmens und final zur Insolvenz führen können¹²²⁵.

III. Zeitliche Dimension und Einflussgrößen einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe im Kontext des § 19 InsO

Die Möglichkeit einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe wird im Allgemeinen maßgeblich durch den Faktor Zeit und durch unterschiedliche im Zeitablauf wirkende Einflussgrößen beeinflusst. Ausgangspunkt einer jeden erfolgreichen Sanierung bildet jedoch in erster Linie das frühzeitige Erkennen der Unternehmenskrise. Nachfolgend sollen diese „Gesetzmäßigkeiten“ im Kontext des § 19 InsO untersucht werden.

¹²²⁵ Birk/Kreuzer/Hopt, 1986, S. 30; Paulus, DB 2008, S. 2523 ff.; Veil, ZGR 2006, S. 374 ff.

1. Das frühzeitige Erkennen einer Unternehmenskrise mithilfe der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung im Sinne des § 19 InsO

Eine Unternehmenskrise ist im Allgemeinen dann gegeben, wenn zu befürchten steht, dass die Existenz eines Unternehmens gefährdet ist¹²²⁶. Für die betroffenen Unternehmen und ihre Gesellschafter kann eine sich verschärfende Unternehmenskrise einen Wertverlust zur Folge haben, der oftmals über das einbezahlte Eigenkapital hinaus geht. In dieser Zuspitzung werden immer auch die Rechte der Gläubiger berührt¹²²⁷. Ergebnisinduzierte Schieflagen und negative Entwicklungen hinterlassen in aller Regel aber stets tiefe Spuren im Zahlenwerk des betroffenen Unternehmens. Insofern würde eine präzise und regelmäßige Ertrags- und Finanzplanung an dieser Stelle auch signalisieren, dass, bei unveränderter Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit, die organschaftlichen Vertreter einen Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zeitnah zu stellen hätten¹²²⁸.

¹²²⁶ Witte, in: Bratschitsch/Schnellinger (Hrsg.), 1981, S. 11; Schulden, 1995, S. 22.

¹²²⁷ Groß, WPG-Sonderheft 2003, S. 128.

¹²²⁸ Hauschildt, KSI 2008, S. 5.

Der Endpunkt einer Unternehmenskrise ist demzufolge das Ergebnis einer mehr oder weniger lang andauernden negativen Entwicklung¹²²⁹, der weitaus wichtigere Ausgangspunkt bleibt allerdings häufig vollkommen unbestimmt und unerkannt. Diese Bestimmbarkeit ist jedoch gerade von besonderer Relevanz, da mit der Annäherung an ein mutmaßliches Ende der Handlungsbedarf überproportional wächst¹²³⁰ und eine effektive Krisenbekämpfung in diesem Stadium immer schwieriger wird. Die mit fortschreitendem Krisenverlauf immer stärker werdende Existenzbedrohung führt zu erhöhtem Handlungsdruck bei gleichzeitig überproportional abnehmendem Handlungsspielraum¹²³¹. Hieraus ergibt sich die weitreichende und in ihrer Konsequenz zwingende Erkenntnis, dass, je früher Krisensituationen erkannt und bewältigt werden, desto günstiger sind die Aussichten für Gesellschafter und Gläubiger, Vermögenswerte des Unternehmens zu retten bzw. zu erhalten¹²³². In dieser Erkenntnis liegt der ökonomische Mehrwert einer frühzeitigen Krisenfeststellung. Der Zeitpunkt der Krisenfeststellung bestimmt mithin maßgeblich den Umfang des

¹²²⁹ Bauer, 2008, S. 1 f.

¹²³⁰ Gless, 1996, S. 16.

¹²³¹ Rosenzweig, KSI 2007, S. 102.

¹²³² Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 128.

Handlungsbedarfs und, damit einhergehend, zugleich auch die verbleibenden Handlungsmöglichkeiten¹²³³.

Die Grundlage für eben diese frühzeitige Krisenfeststellung vermag eine präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung zu schaffen. Sie liefert im Ergebnis ein zutreffendes Bild über die Schuldendeckungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens, lässt so gezielte Rückschlüsse auf das Vorhandensein einer möglichen Krise zu und gibt zudem Hinweise auf die unternehmensseitige Widerstandsfähigkeit in derartigen Situationen. Um aber das Instrumentarium des § 19 InsO in der zuvor beschriebenen Art und Weise nutzen und damit Krisen frühzeitig feststellen zu können, ist die genaue Kenntnis der einzelnen Krisenstadien mit den jeweils noch verbleibenden Handlungsspielräumen unumgänglich. Die nachfolgende Abbildung versucht beispielhaft die Wirkungsweise einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung entlang dieser Zeitachse und die auf das Ergebnis derselben wirkenden Einflussgrößen darzustellen: In der so genannten Phase der Insolvenzprophylaxe durchläuft das betroffene Un-

¹²³³ Hauschildt, KSI 2008, S. 5.

ternehmen alle Stadien einer Krise und gelangt schließlich, bei ausbleibenden Gegenmaßnahmen, in die Phase der Insolvenzantragspflicht. An der Schnittstelle zwischen diesen beiden Phasen wirkt das Instrumentarium des § 19 InsO als eine bildhaft dargestellte Nahtstelle, d.h. die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung kann bei frühzeitiger Anwendung, beispielsweise in der Frühphase einer sich abzeichnenden Erfolgskrise¹²³⁴, diese erkennbar machen und demzufolge über den Einsatz geeigneter Gegenmaßnahmen einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe Vorschub leisten. Sie kann aber auch, quasi als Mindestziel, bei rechtzeitiger Kenntnis einer vorliegenden insolvenzrechtlichen Überschuldung zumindest eine geordnete und zeitige Insolvenzantragstellung im Sinne einer möglichst erfolgreichen gerichtlichen Sanierung gewährleisten¹²³⁵. Letztlich ist eine gut vorbereitete und strukturierte Sanierung immer einer Insolvenz vorzuziehen. Sollte jedoch ein Insolvenzverfahren unumgänglich sein, ist eine frühe(re) Ingangsetzung vorteilhafter als eine zu späte¹²³⁶.

¹²³⁴ Bauer, 2008, S. 16.

¹²³⁵ Bauer, 2008, S. 15; Zöller, Vortrag auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, 2005.

¹²³⁶ Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217.

Unternehmenskrise: Die zeitliche Dimension des § 19 InsO

Handlungsspielraum

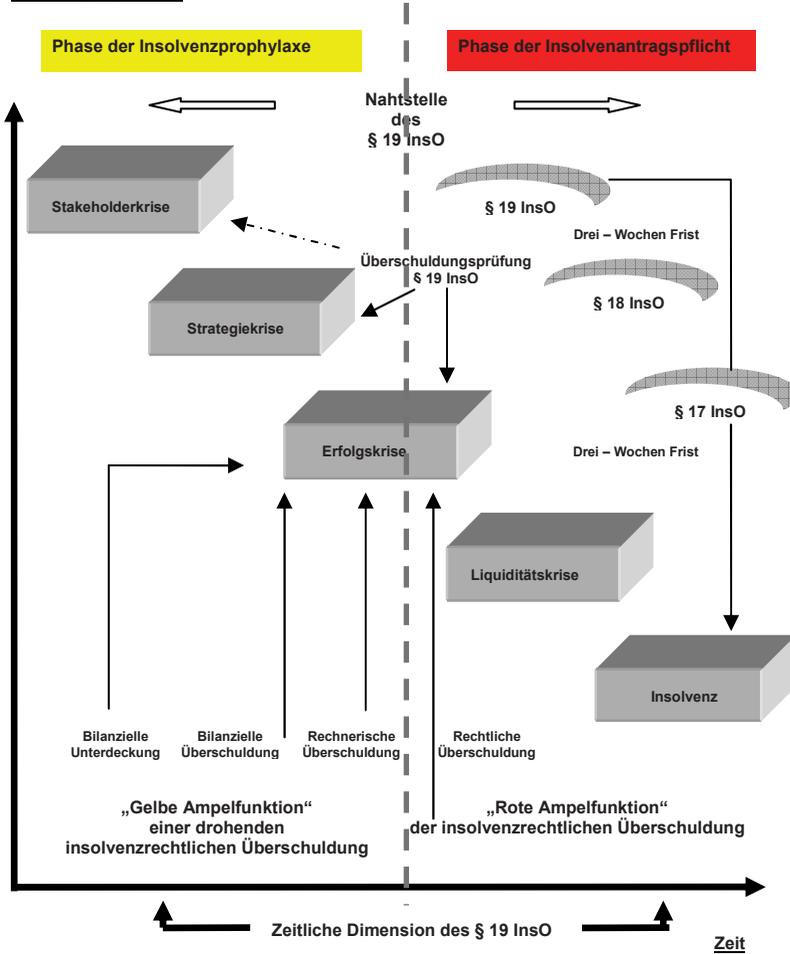


Abbildung Nr. 16: Unternehmenskrise, Die zeitliche Dimension des § 19 InsO

2. Die Phase der Insolvenzprophylaxe und deren Einflussgrößen

In der Phase der Insolvenzprophylaxe vermag die präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung die Warnfunktion einer gelben Ampel¹²³⁷ zu übernehmen. Dies bedeutet, dass das Ergebnis einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung die organschaftlichen Vertreter frühzeitig auf negative Entwicklungen und Störungen innerhalb ihres Unternehmens aufmerksam machen kann, um so den Handlungsspielraum für geeignete Gegenmaßnahmen zu vergrößern¹²³⁸. Mithilfe dieses Instrumentariums gilt es einen hohen Grad an Sensibilität und Pflichtbewusstsein von Seiten der organschaftlichen Vertreter zu erreichen, um in der Phase der Insolvenzprophylaxe noch rechtzeitig agieren zu können, statt später nur noch reagieren zu müssen. Hierzu ist es jedoch systemnotwendig, zunächst den Blick der Untersuchung auf den Anfang bzw. auf die ersten Symptome einer sich etwaig abzeichnenden Unternehmenskrise zu richten und sodann deren

¹²³⁷ Der Begriff „Warnlampenfunktion“ wurde, wenngleich in einer anderen Deutung, von Lutter geprägt, in: ders., AG 1998, S. 376.

¹²³⁸ Gischer/Hommel, BB 2003, S. 947.

Einflussgrößen zu analysieren. Dies setzt jedoch zunächst einmal zwingend die Kenntnis einer Krise als solche und ihres jeweiligen Stadiums voraus, um so möglichst zeitnah Unternehmensschieflagen detailliert analysieren und zielgerichtet bewältigen zu können¹²³⁹. Das Eskalationspotential innerhalb der einzelnen Krisenstadien kann durch Unwissenheit und/oder Inaktivität exponentiell zunehmen, wenn ein rasches und entschlossenes Handeln ausbleibt. Frühzeitig adäquates Reagieren erhöht deutlich den Handlungsspielraum zur Bewältigung einer Krise, wohingegen das Ausbleiben entsprechend geeigneter Gegenmaßnahmen zur Existenzvernichtung führen kann¹²⁴⁰. Grundvoraussetzung für ein stringentes und effektives Gegensteuern ist jedoch die unabdingbare Kenntnis und Identifikation der Krise als solche.

2.1. Krisensituationsanalyse der letzten Jahre

Vor dem Hintergrund eines sich dynamisch verändernden Umfeldes sind Unternehmen zunehmend gefordert, sich den gesamtwirtschaftlichen und strukturellen Kräften, die tiefgreifen-

¹²³⁹ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S 128 f.

¹²⁴⁰ Hauschildt, KSI 2008, S. 5 f.

den Veränderungsprozessen nachhaltig Auftrieb geben¹²⁴¹, zu stellen, um sich am Markt zu behaupten. Eine Vielzahl an makro-, aber auch mikroökonomischen Anforderungen, wie beispielsweise die Konzentrationstendenzen in den Märkten, die durch die beschleunigte Globalisierung des Wettbewerbs verursachte Internationalisierung der unternehmerischen Tätigkeit, stetige Veränderung der Kundenbedürfnisse und die damit im Zusammenhang stehende Verkürzung der Produktlebenszyklen sowie die rasante Entwicklung der Informationstechnologie verbunden mit sich gleichermaßen beständig verändernden rechtlichen, steuerlichen und sozialen Rahmenbedingungen stellen Herausforderungen dar, denen Unternehmen frühzeitig Rechnung tragen müssen¹²⁴². Der sich hieraus ableitbare Anpassungsprozess muss unternehmensseitig rechtzeitig initiiert und stringent umgesetzt werden. Ein zu zögerliches oder gar verspätetes Handeln kann zwangsläufig in eine Unternehmenskrise münden, im schlechtesten Fall in eine Insolvenz. Dieses Szenario wird an den kürzeren Lebenszyklen von Unternehmen, bezogen auf den Prozess der Gründung bis hin zum Marktaustritt, immer deutlicher. Die grundlegenden Anforderungen an Unternehmen, auf

¹²⁴¹ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 128.

¹²⁴² Steffan, WPg-Sonderheft 2003, S. 148.

marktdynamische Veränderungsprozesse entsprechend zu reagieren, sind branchenunabhängig und allgemeingültig¹²⁴³. Existenzielle Unternehmenskrisen treffen selbst traditionsreiche und namhafte Unternehmen¹²⁴⁴.

Die Krisenlandschaft der letzten zehn Jahre hat im direkten Vergleich zu den Jahrzehnten zuvor eine neue Dimension mit einer anderen Ausprägung und Beschaffenheit erreicht. Insbesondere die kleinen und mittelständischen Unternehmen weisen häufig eine angespannte Liquiditätslage auf und sind oftmals gezwungen, bedingt durch die Dynamik der Märkte und den dadurch entstehenden Wettbewerbsdruck, ihre Produkte nicht kostendeckend veräußern zu müssen. Demzufolge ist die Erwirtschaftung nachhaltiger Gewinne vielfach nicht mehr möglich¹²⁴⁵. Ferner wird nur allzu oft übersehen, dass der gegenwärtige Gewinn auf in der Vergangenheit liegende Entscheidungen und deren Rahmenbedingungen zurückzuführen ist. Dieses zeitversetzte Ursache- und Wirkungsverhältnis verschleiert vielfach, dass sich Unternehmen bereits in der Krise bewegen, obgleich sie noch Gewinne generieren. Erfolgspo-

¹²⁴³ Ebd.

¹²⁴⁴ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 128.

¹²⁴⁵ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 61.

tenziale der Vergangenheit sind unter Umständen nicht mehr zeitgemäß und können, ohne entsprechendes Gegensteuern, früher oder später zu einer deutlich sinkenden Ertragskraft des Unternehmens führen. Inwieweit dieser Gewinnausweis auch noch durch bilanzpolitische Maßnahmen beeinflusst ist, sei dahingestellt¹²⁴⁶. Allein die beobachtbare Entwicklung der Gesamtzahlen an Unternehmensinsolvenzen der letzten Jahre macht deutlich, dass das tendenziell hohe Niveau an Firmenzusammenbrüchen in Deutschland weiterhin ungebrochen ist¹²⁴⁷. Nach wie vor werden Insolvenzanträge zu spät bzw. zu einem Zeitpunkt gestellt, an dem eine Insolvenz unabwendbar geworden ist¹²⁴⁸, so dass in der Praxis schon heute der gewollte Effekt für den Gläubigerschutz vielfach ausbleibt¹²⁴⁹. Bei einem Gutteil der insolventen Unternehmen wird von einem so genannten „Hygieneverfahren des Marktaustritts“ gesprochen¹²⁵⁰, d.h. „todgeweihte“ Unternehmen sollen so früh wie möglich vom Markt genommen werden¹²⁵¹, da die Fortführung defizitärer Unternehmen, die sich aus eigener Kraft nicht mehr

¹²⁴⁶ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 68.

¹²⁴⁷ Dazu näher oben: B. IV. (Folgen ungelöster Probleme der mittelständischen GmbH).

¹²⁴⁸ Wellensiek, BB 2003, S. 1; Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹²⁴⁹ Grätz, BB 2008, S. 2413.

¹²⁵⁰ Braun, NZI 2000, S. VI.

¹²⁵¹ Hirte, in: Eger (Hrsg.), FS Schäfer, 2008, S. 605 ff.

am freien Markt behaupten können, letztlich nur unerwünschte volkswirtschaftliche Effizienzverluste verursacht¹²⁵².

„Existenzielle Unternehmenskrisen mit der Folge einer Insolvenz fallen aber nicht vom Himmel“¹²⁵³ und treten zumeist auch nicht überraschend ein. Vielmehr sind sie bei genauerer Betrachtung bereits mittel- bis langfristig erkennbar¹²⁵⁴, d.h. sie entwickeln sich über mehrere Stadien hinweg und spitzen sich schließlich zur akuten Bestandsgefährdung zu¹²⁵⁵. Auch nach Inkrafttreten des KonTraG¹²⁵⁶ und des TransPuG (Transparenz- und Publizitätsgesetz)¹²⁵⁷ werden Unternehmenskrisen immer noch zu spät erkannt und infolgedessen auch zu spät bekämpft¹²⁵⁸. Häufig liegt schon ein insolvenzbedrohter Status vor, ehe ein entsprechender Handlungsbedarf von Seiten der organschaftlichen Vertreter überhaupt realisiert wird. Eine diesbezüglich durchgeführte Erhebung verdeutlicht das Problem des nicht erkannten bzw. zu spät erkannten Veränderungsbedarfs: Demnach befanden sich nahezu 50% der be-

¹²⁵² Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217.

¹²⁵³ Steffan, WPg-Sonderheft 2003, S. 149.

¹²⁵⁴ Holzer, NZI 2005, S. 308.

¹²⁵⁵ Groß, KSI 2007, S. 49.

¹²⁵⁶ BGBl. 1998 I S. 786.

¹²⁵⁷ BGBl. 2002 I S. 2681.

¹²⁵⁸ Dazu näher oben: B. III. 1. (Suboptimales Risikomanagement).

drohten Unternehmen bereits in einer Liquiditätskrise, ehe sie sich von externen Dritten beraten ließen¹²⁵⁹. Gerade diese Entwicklung zeigt auf, dass es unternehmensseitig primär darum gehen muss, ein stärkeres Problembewusstsein dafür zu schaffen, den Krisenursachen frühzeitig auf den Grund zu gehen. Es gilt jedoch zunächst zu klären, quasi als Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung, wodurch sich ein gesundes Unternehmen im Gegensatz zu einem krisenbetroffenen Unternehmen auszeichnet¹²⁶⁰.

2.2. Das „gesunde Unternehmen“ als Ausgangspunkt einer Unternehmenskrise

Die Erklärung, dass wirtschaftlich gesunde Unternehmen Gewinne generieren, über einen positiven Cashflow und eine angemessene Eigenkapitalausstattung verfügen, dürfte für Wirtschaftsexperten nicht neu sein¹²⁶¹. Schon die entsprechenden Regularien des IdW weisen für die im Rahmen einer Abschlussprüfung zu erstellende Beurteilung über die Fortführung der Unternehmenstätigkeit Bedingungen aus, die kumula-

¹²⁵⁹ Wöber/Siebenlist, KSI 2009, S. 207.

¹²⁶⁰ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 129.

¹²⁶¹ Ebd.

tiv erfüllt sein müssen: Ein als unproblematisch einzustufendes Unternehmen hat demnach in der Vergangenheit nachhaltige Gewinne erzielt, kann leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen und weist keine (drohende) bilanzielle Überschuldung aus. Im Rahmen einer Abschlussprüfung wird für ein solches Unternehmen daher die Beurteilung über die Fortführung der Unternehmenstätigkeit („going concern“) grundsätzlich positiv ausfallen¹²⁶². Sind diese Parameter hinsichtlich ihres Gehalts für die Beurteilung eines gesunden Unternehmens grundsätzlich nicht erklärungsbedürftig, so ist jedoch zumindest darlegungswürdig, wie eine solche Erfolgsposition zustande kommt¹²⁶³ bzw. was erfolgreiche Unternehmen auszeichnet.

Die Erfolgsfaktorenforschung ist ein wichtiges Feld in der Führung eines Unternehmens. Es gilt dabei herauszufinden, wie sich einzelne Variablen verhalten und welche Konsequenzen sich hieraus für den Erfolg eines Unternehmens ableiten lassen. Bei der Bewertung von Erfolgsparametern von Unternehmen werden in einem ersten Schritt zunächst die Variablen bestimmt, anhand derer der Erfolg eines Unternehmens ge-

¹²⁶² IdW PS 270, Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung.

¹²⁶³ Groß, KSI 2007, S. 49.

messen werden kann. In Betracht kommen hierbei beispielsweise Faktoren, wie Gewinn, Rentabilität oder Umsatz. Sie dienen als Maßstab für Erfolgsindikatoren, wie die nachfolgende Abbildung verdeutlicht:

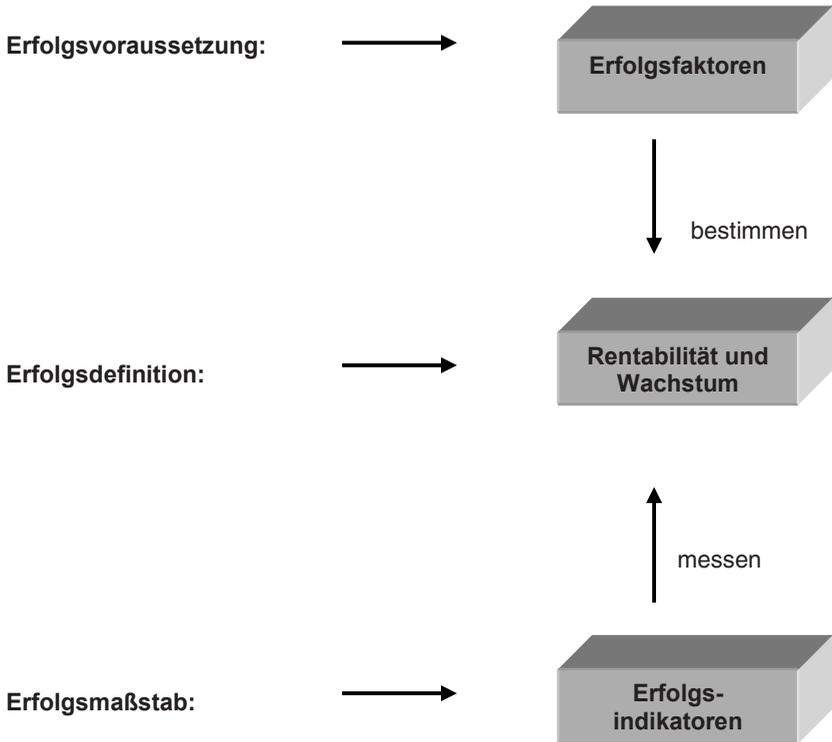


Abbildung Nr. 17: Maßstab für Erfolgsindikatoren, Fell, Kreditwürdigkeitsprüfung mittelständischer Unternehmen: Entwicklung eines neuen Ansatzes auf der Basis von Erfolgsfaktoren, 1991, S. 19

In einem zweiten Schritt wird untersucht, welche Erfolgsfaktoren den Erfolg eines Unternehmens nachhaltig positiv beeinflussen. Hierbei wird unterschieden in interne Faktoren, die durch die Entscheidung des Unternehmens beeinflussbar sind, und externe bzw. umweltbezogene Faktoren, auf die das Unternehmen keinen bzw. kaum Einfluss nehmen kann. Diejenigen Größen, die maßgeblich den Erfolg eines Unternehmens determinieren, werden als kritische Erfolgsfaktoren bezeichnet¹²⁶⁴.

Die Erfolgsfaktorenforschung hat jedoch das Problem, dass der betriebswirtschaftliche Erfolg nicht auf einzelne in- und externe Faktoren zurückzuführen ist. Vielmehr wirken eine Vielzahl von Einflussgrößen auf den Erfolg eines Unternehmens, ohne dass die Wirksamkeit einzelner Variablen isoliert werden könnte. Das gesamte System unterliegt dem Prinzip der multiplen Kausalität¹²⁶⁵, d.h. den einen, alles entscheidenden Erfolgsfaktor gibt es mithin nicht. Die nachfolgende Tabelle zeigt aus verschiedenen Untersuchungen und Literaturquellen die Erfolgsfaktoren auf, die in empirischen Erhebungen ermittelt wurden.

¹²⁶⁴ Haenecke, ZfB 2002, S. 166 f.

¹²⁶⁵ Ebd.

Ergebnisse der Erfolgsfaktorenforschung

<u>Studie</u> / <u>Literatur</u>	<u>Spezifität</u>	<u>Erfolgsindikatoren</u>	<u>Identifizierte Erfolgsfaktoren</u>
PIMS- Programm Buzzell/Gale 1989	allgemein	Umsatzrentabilität Gesamtkapitalrentabilität	Marktwachstum Relative Wettbe- werbsposition (Marktanteil)
Patt 1987	Industrie- spezifisch	Umsatzwachstum Gewinn	Zielgruppenorien- tierung Wettbewerbsstär- ke Personal Größe Ergebnisorientie- rung Stammkundenan- teil
Schefczyk 1984	Industrie- und themenspezi- fisch	Effizienz	geringe Personal- intensität geringe Kapitalin- tensität Konzentration auf große Kunden gezielte Vertriebs- aktivitäten
Dixon 1999	themenspezi- fisch	Umsatz Kundenloyalität	Anpassungsfähig- keit Offenheit Wissensaufbau
Göttgens	themenspezi-	Sicherung	konsequente

1996	fisch	Unternehmensbestand ROI Kundenzufriedenheit	Unternehmensführung Produktivität geographische Expansion Nischenpolitik Wissensaufbau
Bickhoff 2000	Industrie- und themenspezifisch	Gewinnwachstum Kosteneinsparung ROI Gewinnerzielung Qualität Mitarbeiter	umweltorientierter Einkauf Kooperationen Transport- und Lagerwesen
Ohms 2000	Industrie- und themenspezifisch	Effektivität und Effizienz im Produktentstehungsprozess	Konzentration auf wenige erfolgreiche Projekte Orientierung an Kundenbedürfnissen Innovationsstrategie
Kube 1991	Industriespezifisch	Ertrag Umsatz	Betriebsgröße Zielgruppenstrategie Persönlichkeit Stammkunden

Abbildung Nr. 18: Ergebnisse der Erfolgsfaktorenforschung, Bamberger/Merdij, in: Daschmann, Erfolgsfaktoren mittelständischer Unternehmen, 1994, S. 150; Fell, a.a.O., S. 50 ff.; Haenecke, a.a.O., S. 177 f.; Kirner/Maloca/Som, Kritische Erfolgsfaktoren zur Steigerung der Innovationsfähigkeit, Fraunhofer Institut IAO, 2006, S. 21 ff.

Diese Aufstellung kann keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie soll lediglich aufzeigen, dass verschiedene empirische Untersuchungen zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Erfolgsfaktorenforschung gekommen sind. Letztlich ist immer ein synergetisches Zusammenwirken mehrerer Faktoren für den Erfolg eines Unternehmens verantwortlich¹²⁶⁶. Somit führt erst deren Umsetzung in einen harmonischen Gesamtzusammenhang zu einer nachhaltigen Wirkung. Ein allgemeines Patentrezept oder einen Gradmesser für gesunde und erfolgreiche Unternehmen gibt es somit nicht. Basierend auf einer guten Strategie müssen vielmehr die individuellen Stärken eines Unternehmens herausgearbeitet und im Rahmen eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses dauerhaft optimiert werden¹²⁶⁷.

2.3. Allgemeine Ursachen einer Unternehmenskrise

Das Wort Krise leitet sich aus dem altgriechischen „Krisis“ ab¹²⁶⁸. Der Begriff beschreibt in der gängigen Übersetzung die kritische Entwicklungsphase einer Krankheit bzw. die kritische

¹²⁶⁶ Haenecke, ZfB 2002, S. 178.

¹²⁶⁷ Wöber/Siebenlist, KSI 2009, S. 202.

¹²⁶⁸ Keller, 1999, S. 3; Witte, in: Bratschitsch/Schnellinger (Hrsg.), 1981, S. 9 ff.

Zuspitzung einer Handlungssituation im antiken Drama¹²⁶⁹. In der Betriebswirtschaftslehre werden in der Regel unter einer Unternehmenskrise Vorgänge verstanden, die den Fortbestand eines Unternehmens durch negative Abweichungen von den betrieblichen Zielvorstellungen ernsthaft gefährden¹²⁷⁰ und die Handlungsbedarf hervorrufen¹²⁷¹. Insofern geht es bei Unternehmenskrisen um Situationen mit akuten Bedrohungsszenarien. Der existenzgefährdende Charakter betrifft gleichermaßen die Werte, Ziele und Ressourcen eines Unternehmens. An diesem Punkt steht das Unternehmen quasi an einem Scheideweg, da das Fortbestehen ebenso wahrscheinlich ist wie der endgültige Zusammenbruch. Diese Situation spiegelt nicht nur bloße Schwankungen und vorübergehende Unsicherheiten in Teilen des leistungs- und finanzwirtschaftlichen Bereichs eines Unternehmens wider, vielmehr geht es um die Gefährdung des unternehmerischen Überlebens schlechthin¹²⁷². Analysiert man die allgemeinen Ursachen einer Unternehmenskrise, so lässt sich anhand der Faktoren und ihrer jeweiligen Einflussgrößen eine Segmentierung in zwei unterschiedliche Gruppen vornehmen. Die Kausalität einer Unter-

¹²⁶⁹ Keller, 1999, S. 3.

¹²⁷⁰ Bea/Kötzle, DB 1983, S. 565; Ritter v. Onciul, 2000, S. 67.

¹²⁷¹ Bauer, 2008, S. 16.

¹²⁷² Wittmer, ZVersWiss 1986, S. 133.

nehmenskrise ist demnach in so genannte endogene und exogene¹²⁷³ Faktoren aufzugliedern¹²⁷⁴.

2.3.1. Endogene Faktoren

Endogene Krisenfaktoren sind all jene Faktoren, die im Unternehmen selbst entstanden sind oder aber von Anfang an vorhanden waren¹²⁷⁵. Sie berühren alle leistungs- und finanzwirtschaftlichen Bereiche eines Unternehmens sowie seine horizontale und vertikale Organisationsstruktur. In den leistungswirtschaftlichen Bereichen können schon die Wahl eines falschen Produktionsstandorts, die falsche Zusammensetzung des Produktportfolios oder der Mangel an Fachkenntnissen eine Unternehmenskrise heraufbeschwören¹²⁷⁶. Gleiches gilt für unrentierliche Distributionswege und damit einhergehend falsche Vertriebskanäle oder unzureichende Marketingstrategien¹²⁷⁷. Eine falsch gewählte Kontrahierungspolitik oder eine nicht zielgruppenadäquate Kommunikationspolitik können ebenfalls eine Unternehmenskrise auslösen. Fehlentschei-

¹²⁷³ Hess/Fechner/Freund/Körner, 1998, S. 17 ff.; Wittmer, ZVersWiss 1986, S.133 ff.

¹²⁷⁴ Bea/Kötze, DB 1983, S. 565.

¹²⁷⁵ Holzer, NZI 2005, S. 310.

¹²⁷⁶ Ebd.

¹²⁷⁷ Hertling, INDat-Report 2003, S. 6 f.

dungen im leistungswirtschaftlichen Bereich wirken sich häufig unmittelbar, allerdings je nach Grad der Schwere zeitverzögert auf den finanzwirtschaftlichen Bereich aus. Der finanzwirtschaftliche Sektor eines Unternehmens ist im Hinblick auf die Reaktionszeit krisenanfälliger als der leistungswirtschaftliche Bereich. Instabile Liquiditätsslagen sind häufig die Folge von zeitlich vorgelagerten ertragswirtschaftlichen Fehlentwicklungen, mangelnder Fristenkongruenz zwischen Kapitalbindung und Kapitalfreisetzung sowie von komplexen und ineffizienten Finanzstrukturen¹²⁷⁸. Sie können im Extremfall zum finanziellen Ungleichgewicht eines Unternehmens und damit letztlich zu seinem Exitus führen¹²⁷⁹. Schon im Rahmen von Existenzgründungen ist vielfach zu beobachten, dass Unternehmen extrem unterkapitalisiert sind. Die zu geringe Ausstattung an Liquidität, vornehmlich an Eigenmitteln, führt häufig schon im Anfangsstadium des unternehmerischen Handelns zu einer ausgeprägten Krisenanfälligkeit¹²⁸⁰. Finanzwirtschaftliche Schief lagen, wie beispielsweise die (drohende) Zahlungsunfähigkeit, die Zahlungsstockung oder aber die komplette Zahlungseinstellung sind als Kulminations- bzw. Endpunkte einer

¹²⁷⁸ Institut der Wirtschaftsprüfer, Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten, (IdW ES 6), KSI 2009, S. 86.

¹²⁷⁹ Holzer, NZI 2005, S. 311.

¹²⁸⁰ Hertling, INDat-Report 2003, S. 6 f.

Krise vielfach klarer erkennbar und letztlich spürbarer als Krisensymptome im leistungswirtschaftlichen Bereich.

Eine wichtige Rolle - wenn nicht die wichtigste überhaupt - spielt im Kontext der Entstehung endogener Krisen der dispositive Faktor, d.h. die Qualität und kognitiven Fähigkeiten der organschaftlichen Vertreter¹²⁸¹. Die zentrale Bedeutung der organschaftlichen Vertreter liegt in der ihnen zugedachten Rolle innerhalb eines Unternehmens. Sie werden häufig als ausschlaggebende Erfolgsfaktoren für Profitabilität und Rentierlichkeit von Unternehmen gesehen. Im Umkehrschluss verdeutlicht dies aber auch, dass sie zu den entscheidenden Misserfolgswirkfaktoren zählen und als Hauptkrisenursachen¹²⁸² ausgemacht werden, wenn sie die an sie gerichteten Anforderungen hinsichtlich Person und Funktion nicht erfüllen¹²⁸³. Nach Meinung erfahrener Insolvenzverwalter sollen organschaftliche Vertreter durch Fehlentscheidungen und/oder mangelnde Qualität für etwa 80% aller Insolvenzen verantwortlich sein¹²⁸⁴. Diese Suboptimalität in der Führungsspitze

¹²⁸¹ Bea/Kötzle, DB 1983, S. 565 f.

¹²⁸² Hillmer, KSI 2006, S. 233.

¹²⁸³ Fröhlich/Pichler/Pleitner, in: Pichler/Pleitner/Schmidt (Hrsg.), 2000, S. 26.

¹²⁸⁴ Hertling, INDat-Report 2003, S. 6.

manifestiert sich beispielhaft anhand der nachfolgend aufgeführten Faktoren:

- Mangelnde Qualifikation
- Unzureichende Information
- Fehlerhafter Führungsstil
- Unzureichende Führungsfähigkeit und betriebliche Kenntnis
- Krankheit
- Charakterliche Mängel
- Fehlende Unternehmermentalität
- Fehlende betriebliche Erfahrung

Diese Negativallokation an Mangelercheinungen in Ausbildung, Qualifikation und Wissen führt in logischer Konsequenz zu fehlerhaften Entscheidungen im leistungs- und finanzwirtschaftlichen Bereich eines Unternehmens¹²⁸⁵. Die Ursache, warum so viele Krisen vielfach zu spät erkannt und wahrgenommen werden, hängt zudem auch mit dem zeitlichen Horizont bestimmter Führungsentscheidungen zusammen¹²⁸⁶. Strategische Fehlentscheidungen, seien sie durch Tun oder

¹²⁸⁵ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 61.

¹²⁸⁶ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 1 f.

Unterlassen begründet, wirken sich in der Regel langfristig aus und machen sich irgendwann in der Form bemerkbar, dass im operativen Tagesgeschäft die Ertragskraft sinkt. Fehler in der Unternehmensführung berühren vielfach auch die interne Organisationsstruktur eines Unternehmens in der Form, dass das Rechnungswesen vernachlässigt wird oder ein Frühwarnsystem überhaupt nicht existent ist¹²⁸⁷.

Nicht selten kann ein Unternehmen auch durch den Erfolg in eine Krise geraten. Gute Produktions- und Absatzzahlen können ausschlaggebend sein für übermäßiges und unkontrolliertes Wachstum. Dies trifft vor allen Dingen dann zu, wenn Expansionsbestrebungen unzureichend finanziell abgesichert werden und organschaftliche Vertreter getreu dem Motto handeln, „alles ist machbar“. Auch durchaus gesunde Unternehmen laufen so Gefahr, sich existenzgefährdend zu verhalten. Zudem können sich subjektive Fehleinschätzungen, wie beispielsweise Überheblichkeit, Gier und Leichtsin, im Rahmen von Expansionen als unkalkulierbare Risiken erweisen. Da

¹²⁸⁷ Holzer, NZI 2005, S. 310 f.; dazu näher oben: B. III. 1. (Suboptimales Risikomanagement).

diese letztlich nicht mehr kontrollierbar sind, kann dies ein Unternehmen über kurz oder lang ebenso in eine Krise führen¹²⁸⁸.

2.3.2. Exogene Faktoren

Exogene Krisenfaktoren wirken von außen auf das Unternehmen ein und können dessen wirtschaftliche Lage ebenfalls in erheblichem Maße negativ beeinflussen¹²⁸⁹. Im Gegensatz zu den endogenen Faktoren ist der Umgang mit exogenen Faktoren in der Regel diffiziler, da diese mit einem Mehr an Unsicherheiten und Unwägbarkeiten behaftet sind. Antizipatives Verhalten von Seiten der organschaftlichen Vertreter ist nur bedingt möglich, da die Problematik exogener Faktoren in deren weitestgehender Unbeeinflussbarkeit liegt. Exogene Faktoren sind häufig makroökonomischen Ursprungs, wie etwa der politische Willensbildungsprozess in Form einer sich permanent verändernden Gesetzgebung, konjunkturelle und saisonale Wirtschaftszyklen, das Zinsniveau, volatile Kapitalmärkte, die Entwicklung der Weltmarktpreise für Rohstoffe, nationale und internationale Bankenpolitik etc. Gerade der letztgenannte Punkt verdeutlicht am Beispiel des Basler Ban-

¹²⁸⁸ Holzer, NZI 2005, S. 310 f.; Wittmer, ZVersWiss 1986, S. 133 ff.

¹²⁸⁹ Holzer, NZI 2005, S. 310.

kenausschusses bzw. dessen verschiedenster Vorschriften zur Änderung der Eigenkapitalunterlegung für begebene Kredite durch Banken¹²⁹⁰, wie stark exogene Faktoren auf die Geschicke eines Unternehmens Einfluss nehmen können. Die Vergabe von Firmenkundenkrediten zur Finanzierung des Unternehmenswachstums ist in diesem Zusammenhang durch den Geschäftsbankensektor merklich zurückgefahren und eingeschränkt worden¹²⁹¹. Finanzierungs- und Investitionsentscheidungen können so von Seiten der organschaftlichen Vertreter, je nach Grad an Abhängigkeit vom Fremdkapital, starken Reglementierungen unterworfen werden. Aber auch Streikaktivitäten der Arbeitnehmerschaft oder streikinduzierte Unterbrechungen der Versorgung mit Rohstoffen sind schwer einschätzbare exogene Faktoren, die von Seiten der organschaftlichen Vertreter nur bedingt beherrschbar sind. Gleiches gilt für die Insolvenz von wirtschaftlich miteinander verflochtenen Unternehmen bzw. die damit im Zusammenhang stehenden Kettenreaktionen aufgrund wechselseitiger operativer Abhängigkeiten. Letztlich können derartige insolvenzinfiizierte Lieferanten- und Kundenbeziehungen auch wirtschaftlich „ge-

¹²⁹⁰ Hermes/Weiland, KSI 2007, S. 61; dazu näher oben: B. III. 2.4. (Eigenkapital - Indikator für die Kreditwürdigkeit).

¹²⁹¹ Dazu näher oben: B. III. 2.4. (Eigenkapital - Indikator für die Kreditwürdigkeit).

sunde“ und solvente Unternehmen existenziell gefährden¹²⁹², da Geschäftsbeziehungen dieser Art oftmals mit erheblichen Forderungs- und Zahlungsausfällen einhergehen können. Wenn diese vielfach makroökonomisch begründeten Veränderungen negative Auswirkungen für Unternehmen haben und zu Krisen erwachsen, kann dieser Entwicklung, wenn überhaupt, nur mit Weitsicht, Tüchtigkeit und der fachlichen Befähigung der organschaftlichen Vertreter begegnet werden. Diese sollten dabei in der Lage sein, sich schnell und zielgerichtet auf die kommende Bedrohung des Unternehmens einzustellen, um angemessen und besonnen reagieren zu können¹²⁹³.

Das Reaktionsvermögen organschaftlicher Vertreter ist jedoch naturgemäß bei unbeeinflussbaren exogenen Faktoren, wie beispielsweise Naturkatastrophen, Terroranschlägen und den Auswirkungen von (drohenden) Kriegen sehr eingeschränkt¹²⁹⁴. Diese Form der „höheren Gewalt“ ist nur schwer bestimmbar oder gar vorhersagbar, und der Grad an Fremdbestimmtheit ist dementsprechend hoch. Angesichts der in der jüngeren Vergangenheit vermehrt aufgetretenen Naturkatast-

¹²⁹² Holzer, NZI 2005, S. 310.

¹²⁹³ Fürst, ZkW 1960, S. 158.

¹²⁹⁴ Holzer, NZI 2005, S. 310.

rophen, insbesondere Flut- und Sturmkatastrophen, die zum Teil ganze Landstriche in Mitleidenschaft gezogen haben, hat sich gezeigt, dass oftmals innerhalb weniger Stunden ganze Volkswirtschaften große Schäden davon trugen. Erschwerend kommt hinzu, dass Versicherungen für Schäden, die durch „höhere Gewalt“ entstanden sind, nur bedingt eintreten, da in der Regel für solche Fälle das Prinzip des Verschuldens und der Haftung nicht anwendbar ist¹²⁹⁵. Am Beispiel der Hochwasserkatastrophe des Jahres 2002 an Elbe und Mulde hat sich offenbart, dass unzählige Unternehmen verschiedenster Branchen binnen kürzester Zeit gleichzeitig geschädigt wurden, so dass neben staatlicher Alimentierung in Form von finanziellen „Direkthilfen“ die betroffenen Unternehmen von der Verpflichtung befreit wurden, zwingend ein Insolvenzverfahren zu beantragen, soweit sie nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit überlebensfähig waren¹²⁹⁶. Ungeachtet der vorgenannten Fälle „höherer Gewalt“ ist in der Praxis häufig eine Verknüpfung aus exogenen und endogenen Krisenfaktoren vorzufinden, die kausal für Unternehmenskrisen verantwortlich sind¹²⁹⁷.

¹²⁹⁵ Quelle: www.pantaenius.eu/de/service/lexikon.

¹²⁹⁶ Flutopfersolidaritätsgesetz, Art. 6, vom 19.09.2002, BGBl. I S. 3651; Nolting, NZI 2003, S. 82 ff.; Bähr/Smid, DZWIR 2002, S. 455 f.

¹²⁹⁷ Wittmer, ZVersWiss 1986, S. 133 ff.

2.4. Arten einer Unternehmenskrise

Unternehmenskrisen kommen nicht über Nacht, und sie stellen auch keine unerklärlichen Phänomene dar. Sie durchlaufen in der Regel mehrere aufeinander aufbauende Stadien und gipfeln schließlich in einer akuten Bestandsgefährdung¹²⁹⁸. In der Literatur werden, empirisch belegten Erfahrungen folgend, üblicherweise die Phasen der Stakeholder-, Strategie-, Erfolgs- und Liquiditätskrise unterschieden¹²⁹⁹. In der Regel löst eine Strategiekrisis dabei eine Erfolgskrise aus, welche dann, bei ausbleibenden oder unzureichenden Gegenmaßnahmen, kurz oder mittelfristig in eine Liquiditätskrise mündet¹³⁰⁰. Am Endpunkt dieser Phasen steht die Insolvenz und damit verbunden normalerweise, so der übliche Verlauf, der Exitus des Unternehmens. Am Anfang durchläuft ein Unternehmen, häufig kaum wahrnehmbar, die Stakeholderkrise. Sie bildet den Ursprung einer Krisenentwicklung, da mit jedem Eintritt in ein weiteres Krisenstadium neue Spannungskräfte auf das Unternehmen einwirken, die sich kumulieren und zunehmend dessen Ertrags- und Finanzkraft aufzehren. Diese sich im jeweili-

¹²⁹⁸ Rosenzweig, KSI 2007, S. 102.

¹²⁹⁹ Groß, KSI 2007, S. 49.

¹³⁰⁰ WP-Handbuch II, 1998, S. 209.

gen Krisenstadium durchaus unterschiedlich entfaltenden Spannungskräfte müssen unternehmensseitig identifiziert und anschließend vollständig neutralisiert werden¹³⁰¹. Somit sind die genaue Bestimmbarkeit der einzelnen Krisenstadien mit ihren jeweiligen charakteristischen Herausforderungen sowie ihre gegenseitige Abgrenzung zueinander unverzichtbare Voraussetzung, um einer erfolgreichen Sanierung Vorschub leisten zu können.

2.4.1. Die Stakeholderkrise

Als Stakeholder wird im Allgemeinen eine Person oder Gruppierung charakterisiert, die ihre berechtigten Interessen wahrnimmt, d.h. die Person respektive Gruppe leistet einen speziellen Beitrag für das Unternehmen oder zur betrieblichen Leistungserstellung und erhebt hieraus Ansprüche in Form einer Gegenleistung¹³⁰². Das sich aus dieser Charakterisierung ableitende Stakeholder - Value - Konzept versucht, mit der Konzentration auf den Stakeholder das Unternehmen in seinem gesamten sozialökonomischen Kontext zu erfassen. Es gilt, die Bedürfnisse, Erwartungen und Befindlichkeiten unter-

¹³⁰¹ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 129.

¹³⁰² Wöhe/Döring, 2002, S. 98.

schiedlicher Anspruchsgruppen, wie beispielsweise Manager, Arbeitnehmerschaft, Kunden, Lieferanten und Staat, miteinander konstruktiv in Einklang zu bringen¹³⁰³. Im Gegensatz dazu rückt das Shareholder - Value - Konzept lediglich die Bedürfnisse und Erwartungen der Anteilseigner eines Unternehmens in das Zentrum des Interesses.

Eine sich anbahnende Unternehmensschieflage nimmt in aller Regel ihren Auftakt mit der Stakeholderkrise¹³⁰⁴. In diesem Frühstadium sind die ersten Krisensignale für organschaftliche Vertreter kaum wahrnehmbar, für nicht organschaftliche Unternehmensangehörige und Außenstehende des Unternehmens fast unmöglich¹³⁰⁵, da deren Informationszugang zu Unternehmensdaten naturgemäß schwerer ist. Die Negativentwicklung hat zumeist ihren Ausgangspunkt mit dem Beginn eines sich schleichend verändernden Führungsverhaltens. Gewissenhaftes, präzises sowie energisches Handeln tritt vermehrt in den Hintergrund und weicht einer beständig wachsenden Nachlässigkeit¹³⁰⁶. Dieser allmähliche Zersetzungs-

¹³⁰³ Donaldson/Preston, *The Academy of management review* 1995, S. 65 ff.; Hommelhoff/Hopt/von Werder/Feddersen/Pohle, 2003, S. 8 f.

¹³⁰⁴ Groß, *KSI* 2007, S. 49.

¹³⁰⁵ Groß, *WPg-Sonderheft* 2003, S. 129.

¹³⁰⁶ Ebd.

prozess kann nicht nur die Schlagkraft von Unternehmen sukzessive aushöhlen, sondern auch die entscheidende Ursache für den inneren Zerfall ganzer Dynastien sein¹³⁰⁷. Es gibt eine Vielzahl von Anzeichen, die auf Nachlässigkeiten im Führungsverhalten schließen lassen, die damit verbundenen Konsequenzen sind allerdings weitreichend und gravierend. So kann beispielsweise durch die Krankheit des Gesellschafter-Geschäftsführers, eine missglückte Unternehmensnachfolge, Eitelkeiten, Midlife-Crisis sowie öffentlich ausgetragene Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern und/oder den organ-schaftlichen Vertretern ein diffuses Leitbild des Unternehmens entstehen¹³⁰⁸. Diese negativen Verhaltensschemata können Rissbildungen und Blockadehaltungen innerhalb der Arbeitnehmerschaft hervorrufen und zu Glaubwürdigkeitsverlusten führen. Eine Stakeholderkrise kann somit zu einem Deformati-onsprozess erwachsen, der die gesamte Unternehmenskultur mitsamt ihrem Einfluss auf die Leistungsbereitschaft der Arbeitnehmer in Mitleidenschaft zieht¹³⁰⁹. Zudem wird ein Umfeld

¹³⁰⁷ Nach der Beschreibung des arabischen Geschichtsphilosophen Ibn Khaldun (1332–1406), Hussain Al-Mozany, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.08.2003, S. 31.

¹³⁰⁸ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 130.

¹³⁰⁹ Groß, WPK-Mitteilung 1997, S. 61 ff.

geschaffen, das betrügerischen Handlungen Vorschub leisten kann¹³¹⁰.

Dessen ungeachtet sind in der Stakeholderkrise befindliche Unternehmen vielfach noch in der Lage, über mehrere Perioden hinweg weiterhin Gewinne zu generieren. Dies geschieht zumeist im Nachlauf ertragsreicherer Jahre und ohne die extensive Zuhilfenahme mannigfaltiger Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte. Erschwerend kommt jedoch hinzu, dass organschaftliches Fehlverhalten, gerade im Hinblick auf die mangelnde Gewissenhaftigkeit, nicht unmittelbar im Zahlenwerk der betroffenen Gesellschaften zum Ausdruck kommt, sondern meist erst zeitversetzt und mit erheblicher Verspätung. So bleibt selbst erfahrenen Abschlussprüfern eine Stakeholderkrise oftmals über eine längere Zeit zumindest mit der ihr innewohnenden Brisanz verborgen¹³¹¹.

¹³¹⁰ Institut der Wirtschaftsprüfer, Zur Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten im Rahmen der Abschlussprüfung (IdW PS 210), WPg 2003, S. 655 ff.; Schruff, WPg 2003, S. 901 ff.

¹³¹¹ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 130.

2.4.2. Die Strategiekrise

Die bereits für die Stakeholderkrise verantwortlichen Schwächen organschaftlicher Vertreter im Führungsverhalten bzw. deren verlassende Zielorientierung führen bei Unterlassung entsprechender Gegenmaßnahmen zwangsläufig zur Überleitung in die Strategiekrise. In der Strategiekrise sind entweder die Erfolgspotenziale eines Unternehmens ernsthaft gefährdet, bereits aufgebraucht oder es wurden keine neuen und langfristig nutzbaren Erfolgspotenziale geschaffen. Im Allgemeinen werden Erfolgspotenziale als Voraussetzung zur Erzielung von Vermögenszuwächsen gesehen. Hierunter fallen beispielsweise rentable und verkaufsfähige Produkte bzw. Dienstleistungen, rationelle Fertigungsverfahren, Markennamen, „treue“ Kunden, qualifizierte und motivierte Mitarbeiter sowie der richtige Standort. Eine Beeinträchtigung dieser Erfolgspotenziale¹³¹² kann bei einem Unternehmen zu strukturellen Mängeln¹³¹³ und strategischen Lücken führen¹³¹⁴. Offenkundig wird die Strategiekrise eines Unternehmens in der Regel durch den Verlust der Wettbewerbsfähigkeit und den damit verbundenen

¹³¹² Holzer, NZI 2005, S. 310.

¹³¹³ Al-Laham, 1997, S. 115 ff.

¹³¹⁴ Groß/Amen, WPg 2003, S. 88; Kreilkamp, 1987, S. 42 ff.

Rückgang des Marktanteils¹³¹⁵. Ausgehend von diesen fundamentalen betriebswirtschaftlichen Fehlentwicklungen lassen sich eine ganze Reihe von Ursachen für das Entstehen strategischer Krisen ableiten: Die Wahl eines falschen Standorts oder Produkts, ausbleibende Produktneuentwicklungen¹³¹⁶, häufig auftretende Störungen im Produktionsprozess, steigende Produktionskosten aufgrund veralteter Fertigungsverfahren und/oder veralteter Produktionstechnologien, steter Rückgang der Lagerumschlagshäufigkeit, Zunahme der kundenseitigen Beschwerden, negative Berichterstattung in den Medien etc¹³¹⁷. Hinzu kommen noch Ursachen, die primär volkswirtschaftlicher Natur sind: So sorgen rezessive Konjunkturphasen für sich verschlechternde gesamtwirtschaftliche Rahmenbedingungen. Diese Auswirkungen können auf die Rentabilität ganzer Branchen und damit letztlich direkt auf die Ertragssituation des jeweiligen Unternehmens ausstrahlen¹³¹⁸.

Beispielhaft lässt sich eine Strategiekrise anhand der gegenwärtigen Situation mittelständischer Unternehmen aus dem Automobilzulieferbereich in Deutschland verdeutlichen: Die

¹³¹⁵ Seefelder, 2003, S. 61.

¹³¹⁶ Bauer, 2008, S. 1 f.

¹³¹⁷ Grunwald/Grunwald, 2001, S. 65 f.

¹³¹⁸ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 130.

wirtschaftliche Bedeutung der Automobilindustrie für Deutschland ist unstrittig. Nach einer Erhebung des Verbands der Automobilindustrie (VDA) hat die Gesamtbranche im Geschäftsjahr 2008 einen Umsatz in Höhe von ca. € 331 Mrd. generieren können. Die Umsatzgröße bildet sowohl die Umsätze der deutschen Hersteller von Kraftfahrzeugen als auch die Umsätze der deutschen Zulieferindustrie ab. Diese konnte einen Umsatzanteil von ca. 24% (ca. € 78 Mrd.) der Gesamtumsatzgröße auf sich vereinen¹³¹⁹. Seit Ende 2008/Anfang 2009 befindet sich die gesamte Branche, allen voran die Zulieferindustrie, im Umbruch. Die Finanzmarktkrise sowie die daraus resultierende Krise der Realwirtschaft haben zu sinkenden Zulassungszahlen im In- und Ausland geführt. Zudem belasten der steigende Preisdruck von Seiten der Hersteller und der hohe Anstieg der Beschaffungskosten für Material und Energie die wirtschaftliche Situation der Zulieferindustrie. Die Klimaschutzproblematik, schadstoffabhängige Besteuerung und der stetig steigende Wettbewerbsdruck durch so genannte „Low-cost-cars“ sind weitere Faktoren, die die Zulieferindustrie vor immer neue technologische Herausforderungen stellen¹³²⁰. Namhafte Unternehmen aus dem Automobilzulieferbereich

¹³¹⁹ Quelle: www.vda.de/de/zahlen/jahreszahlen/.
¹³²⁰ Werner/Crone, KSI 2008, S. 162.

befinden sich infolgedessen akut in einer Krise oder mussten gar in der Vergangenheit einen Insolvenzantrag stellen (prominenteste Beispiele: TMD Friction Holding GmbH, Edscha & Co., Karmann GmbH)¹³²¹. Die Schwächen vieler Unternehmen der Zulieferindustrie liegen gerade in ihrer Entwicklung und ihrer historischen Herkunft. Es sind in der Regel mittelständisch geprägte Familienunternehmen, die zum Teil ihre historischen Wurzeln in anderen Bereichen der Industrie hatten. Diese ursprünglich stark regional verwurzelten Unternehmen waren durch die fortschreitende Globalisierung gezwungen, sich den beständig verändernden Marktbedingungen anzupassen. Bedingt durch das enge Abhängigkeitsgeflecht gegenüber den Kraftfahrzeugherstellern bestand die Notwendigkeit, diesen bei deren Internationalisierung in neue Märkte zu folgen. Insofern mussten Teile der eigenen Produktion ins Ausland verlagert werden oder aber dieser Schritt wurde in Eigenregie unternommen, um kostengünstigere Produktionskapazitäten zu schaffen. Im Rahmen dieser Expansionen wurden jedoch häufig die notwendigen strukturellen und finanziellen Voraussetzungen zum Aufbau und zur Ingangsetzung von ausländischen Produktionsstätten, Fragen der Führung und

¹³²¹ Quelle: www.insolvenzbekanntmachungen.de.

insbesondere auch Mentalitätsunterschiede an Auslandsstandorten unterschätzt bzw. nicht angemessen berücksichtigt. Ergänzend hierzu ist zu beobachten, dass diesen Unternehmen überwiegend Techniker und weniger Kaufleute vorstehen. Dies führt vielfach dazu, dass ein funktionierendes Controlling bzw. Rechnungswesen nicht oder nur unzureichend vorgehalten wird und die gesamten Abläufe von mangelnder Transparenz geprägt sind¹³²².

Strategiekrisen sind in der Regel langfristig angelegt. Sie münden vielfach in eine Ertrags- und/oder Liquiditätskrise, sofern nicht rechtzeitig gegengesteuert wird. Unerkannte Strategiekrisen können daher mittelbar zur Insolvenz eines Unternehmens führen¹³²³. Der Bedrohungsgrad ist für in diesem Stadium der Krise befindliche Unternehmen hoch, jedoch nicht akut existenzgefährdend, kann aber, bei Ausbleiben sofortiger Gegenmaßnahmen, existenzvernichtend wirken.

¹³²² Werner/Crone, KSI 2008, S. 162.

¹³²³ Holzer, NZI 2005, S. 310.

2.4.3. Die Erfolgskrise

Die Erfolgskrise ist dadurch gekennzeichnet, dass Unternehmen zunächst noch positive Ergebnisse erwirtschaften, wenngleich diese auch schon einen degressiven Verlauf nehmen¹³²⁴. Infolgedessen besteht von Seiten der organschaftlichen Vertreter noch kein hinreichender Druck, die vermeintlich „positive Ertragssituation“ durch grundlegende und stringente Restrukturierungsmaßnahmen zu ändern. Häufig verschließen die Unternehmen zu Beginn einer sich abzeichnenden Erfolgskrise die Augen vor diesen Herausforderungen. In diesem Verhaltensmuster vollzieht sich der schleichende Übergang von der Strategie- in die Erfolgskrise¹³²⁵. Markt- und betriebswirtschaftlich induzierte Krisensymptome, wie beispielsweise rückläufiges Nachfrageverhalten, einbrechende Marktpreise bei gleichzeitig progressiven Kostenverläufen, führen, bleiben sie unbehandelt, das Unternehmen schlussendlich in die Verlustzone. Die fortgeschrittene Krisenentwicklung macht sich nun auch anhand der „harten“ Zahlen des Rechnungswesens bemerkbar. Anhaltende Verluste führen zu einer Aufzehrung des Eigenkapitals, was folglich mit einer Verschlechterung der

¹³²⁴ Bamberger, 2008, S. 52 ff.

¹³²⁵ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 130.

Eigenkapitalquote einhergeht¹³²⁶. Die Rentabilität von in Erfolgskrisen befindlichen Unternehmen ist gleichermaßen rückläufig¹³²⁷, da die Deckungsbeitrags- und Gewinnzielsetzungen nicht mehr erreicht werden¹³²⁸. Die unternehmensseitige Kapitaldienstfähigkeit ist ergebnisbedingt unzureichend und somit vielfach gefährdet. Zudem steigt in dieser Phase zusätzlich noch der Kapitalbedarf der betroffenen Unternehmen, da die laufenden Kosten aus dem Umsatzprozess heraus angesichts der negativen Ergebnisverläufe nicht mehr vollumfänglich gedeckt werden können. So wird letztlich, oftmals in Verkennung der Situation, die Substanz des Unternehmens sukzessive aufgezehrt. Sind in diesem Stadium der Krise die vorhandenen Verbindlichkeiten gerade noch durch das disponible Vermögen gedeckt, so führt jeder weitere Ergebnisverlust, unter Zugrundelegung fehlender neuerlicher Zuführung von Eigenkapital, zu einer Verlagerung des Risikos auf die Gläubiger. Von da an müssen die Gläubiger die Verluste tragen, da im Ergebnis mehr Kredite zu deren Lasten aufgenommen worden sind, als gegenwärtig an Vermögenssubstanz zur Kreditsicherung noch zur Verfügung steht¹³²⁹.

¹³²⁶ Seefelder, 2003, S. 62.

¹³²⁷ Rosenzweig, KSI 2007, S. 102.

¹³²⁸ Harz/Hub/Schlarb, 2006, S. 7.

¹³²⁹ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 4.

Eine länger anhaltende Erfolgskrise führt ohne adäquates Gegensteuern der organschaftlichen Vertreter zum kompletten Verlust des Eigenkapitals bzw. zur bilanziellen Überschuldung des Unternehmens. Eine bilanzielle Überschuldung respektive ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag liegt gemäß § 268 Abs. 3 HGB dann vor, wenn bei Ansatz von Buchwerten das Eigenkapital aufgezehrt ist und das gesamte Vermögen des Unternehmens die bestehenden Verbindlichkeiten und Rückstellungen nicht mehr deckt. Obgleich die bilanzielle Überschuldung noch keiner insolvenzrechtlichen Überschuldung gleichzusetzen ist, so ist aber die hiervon ausgehende impulsgebende Warnfunktion als auslösendes Element einer zeitnahen Befassung mit der Überschuldungsproblematik unstrittig¹³³⁰. Spätestens beim Vorliegen einer solchen bilanziellen Konstellation haben die organschaftlichen Vertreter eine Überschuldungsbilanz zu erstellen und gemäß ihrer Beobachtungspflicht dieselbe regelmäßig fortzuschreiben¹³³¹. Können Krisensituationen dieser Art nicht geheilt werden, so verbleibt den betroffenen Unternehmen nur, einen Insolvenzantrag wegen Überschuldung zu stellen¹³³², da von diesem Zeitpunkt an

¹³³⁰ Lutter, ZIP 1999, S. 643; Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1078.

¹³³¹ BGH, Urteil vom 01.03.1993 - II ZR 81/94, DStR 1994, S. 1092; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.1998 - 22 U 25/98, GmbHR 1999, S. 479.

¹³³² Holzer, in: Beck/Depré (Hrsg.), 2003, § 2, Rn. 181.

die problematische Drei - Wochen - Frist der Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung zu laufen beginnt. Die Notwendigkeit, sich mit einer möglichen Überschuldungsproblematik auseinandersetzen zu müssen, wird jedoch häufig durch einsetzende Verdrängungsautomatismen organschaftlicher Vertreter konterkariert. Daher ist vielfach zu beobachten, dass gerade in dieser Phase einer Krise kreative Bilanzierungsmethoden¹³³³ mittels extensiver Nutzung bilanzieller Wahlrechte zur Anwendung kommen, die eine sich anbahnende insolvenzrechtliche Überschuldungssituation verschleiern¹³³⁴ können. Dies läuft allerdings einem verantwortungsbewussten Krisenmanagement zuwider, da allenfalls die Symptome einer Krise behandelt, nicht aber ihre Ursachen bekämpft werden¹³³⁵. Ein solches Verhalten führt letztlich dazu, dass betroffene Unternehmen noch weiter in eine bedrohliche Schiefelage abgleiten und sich die Erfolgskrise zu einer kaum noch beherrschbaren existenziellen Unternehmenskrise entwickelt¹³³⁶.

¹³³³ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 130.
¹³³⁴ Buth/Hermanns, 2004, § 14, Rn. 12 f.
¹³³⁵ Loeber/Weniger, KSI 2007, S. 120.
¹³³⁶ Ebd.

2.4.4. Die Liquiditätskrise

Unbehandelte Erfolgskrisen implizieren schon sehr frühzeitig erste Anzeichen einer sich abzeichnenden Liquiditätskrise¹³³⁷. Anhaltend negative Ergebnisverläufe mit die Erträge übersteigenden Aufwendungen führen in der Regel zur Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts eines Unternehmens. Das Primat des finanziellen Gleichgewichts unterscheidet zwischen der strukturellen und der dispositiven Liquidität¹³³⁸. Die strukturelle Liquidität bzw. das strukturelle finanzielle Gleichgewicht verfolgt dabei zwei Ansätze: Zum einen müssen im Unternehmen langfristig die Erträge mindestens den Aufwendungen entsprechen, um eine hinreichende Ertragskraft sicher stellen zu können, was letztlich auch der Aufrechterhaltung von Liquidität dienlich ist. Zum anderen gilt es, eine Deckungsgleichheit zwischen Kapitalbindungs- und Kapitalfreisetzungsdauer innerhalb des Unternehmens zu erzielen, d.h. langfristig gebundenes Vermögen soll durch langfristig und/oder dauerhaft verfügbares Kapital und, vice versa, kurzfristig gebundenes Vermögen durch kurzfristiges Kapital gedeckt werden. Die dispositive Liquidität bzw. das dispositive finanzielle Gleichgewicht

¹³³⁷ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 131.

¹³³⁸ Perridon/Steiner, 1999, S. 522.

nimmt hingegen unmittelbar Einfluss auf die Liquidität. Es bezeichnet die Fähigkeit des Unternehmens, die zwingend fälligen Verbindlichkeiten jederzeit uneingeschränkt erfüllen zu können¹³³⁹. Zu jedem Zeitpunkt gilt, dass der Zahlungsmittelbestand unter Hinzurechnung der laufenden Einnahmen den laufenden Auszahlungserfordernissen gerecht werden muss. Ertragskraft einerseits und Zahlungsfähigkeit andererseits stehen mithin in einem sachlichen und zeitlichen Abhängigkeitsverhältnis zueinander¹³⁴⁰.

Die leistungswirtschaftliche Schieflage in der Erfolgskrise entwickelt sich ohne adäquates Gegensteuern zu einer finanzwirtschaftlichen in der Liquiditätskrise. Obgleich diese Verläufe einer gewissen Gesetzmäßigkeit unterliegen, reagieren Unternehmen häufig erst dann, wenn der Liquiditätsmangel als prägendes Merkmal einer Liquiditätskrise sichtbar und vor allen Dingen spürbar wird¹³⁴¹. Derlei Umwälzungen werden nun aber auch nach außen hin evident, weil die Unternehmen ihre fälligen Verpflichtungen nicht mehr fristgerecht bedienen können. Dies betrifft insbesondere fällige Zahlungen gegenüber

¹³³⁹ Perridon/Steiner, 1999, S. 6.

¹³⁴⁰ Perridon/Steiner, 1999, S. 522.

¹³⁴¹ Niggemann/Simmert, KSI 2009, S. 19.

Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern¹³⁴². Die nunmehr klar erkennbaren Anzeichen eines gestörten finanziellen Gleichgewichts sind für das betroffene Unternehmen in ihrer Wirkung existenzgefährdend, weil kaum noch Möglichkeiten für entsprechende Gegenmaßnahmen bestehen. Ausgehend von bereits ausgeschöpften und vielfach nur noch geduldeten Kreditlinien, reicht der Maßnahmenkatalog von verstärkt auftretenden Stundungs- und/oder (Teil-)Verzichtsanfragen bis hin zu neuen Kreditbegehren, allerdings ohne vorhandene Kapaldienstfähigkeit und ohne ausreichende Besicherung. Gleichzeitig verschlechtert sich die Informationspolitik gegenüber den Kreditgebern, insbesondere wenn es darum geht, aufbereitetes und aktuelles Zahlenmaterial überprüfbar vorzulegen. Besonders erschwerend und in dieser Situation vollkommen unangebracht ist das häufig stockende und bisweilen mangelhafte Kommunikationsverhalten der organschaftlichen Vertreter gegenüber allen Beteiligten¹³⁴³. Als Folge dieser Entwicklung reagieren Kreditinstitute häufig schnell und vor allen Dingen äußerst konsequent: Getreu dem Motto „retten, was zu retten ist“ werden nun, wenn meist auch schon zu spät, den betroffenen Unternehmen stringente Sanierungs-

¹³⁴² Holzer, NZI 2005, S. 311.

¹³⁴³ Ifftner, KSI 2008, S. 269 f.

maßnahmen abverlangt und zudem bankeigene Sicherungshandlungen ergriffen. Dieses Maßnahmenpaket umfasst eigene, dem Schutzbedürfnis der Bank entsprechende Handlungen, wie beispielsweise eine Verstärkung der Sicherheitenlage, das Einfordern einer Eigenkapitalzufuhr, das Einholen von Gesellschafterbürgschaften, die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf einen Treuhänder. Es erfasst aber notwendigerweise auch Handlungen, die von den betroffenen Unternehmen zu erbringen sind und oftmals unter Androhung einer Kündigung des gesamten Kreditengagements erfolgen, wie beispielsweise die Erstellung eines Sanierungskonzeptes und den Einsatz eines Interimsmanagements¹³⁴⁴.

Das Stadium einer Liquiditätskrise ist im Kontext der einzelnen Krisenevolutionsstufen häufig die Vorstufe zur Insolvenz¹³⁴⁵. Obgleich die Unternehmen in dieser Phase der schleichenden Agonie noch über einen gewissen Kapitalstock verfügen, um zumindest für eine begrenzte Zeit weiterhin am Markt auftreten zu können, so fehlen doch die finanziellen Ressourcen für nachhaltige Restrukturierungsmaßnahmen. Investitionen zur Stärkung der Wettbewerbsposition sowie die mit einer Neu-

¹³⁴⁴ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 131; Ifftner, KSI 2008, S. 269 ff.

¹³⁴⁵ Holzer, NZI 2005, S. 311.

ausrichtung im Zusammenhang stehenden Personalfreisetzungsmaßnahmen sind in aller Regel nicht mehr möglich¹³⁴⁶. Insoweit „reagieren“ Unternehmen in dieser Phase meist nur noch. Sie verbleiben so lange weiter am Markt, bis auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft sind¹³⁴⁷. Der Endpunkt der Liquiditätskrise beginnt im Regelfall spätestens mit dem tatsächlichen Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Dies bedeutet nunmehr im Ergebnis, dass das Unternehmen vermutlich nicht mehr in der Lage sein wird, seine bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Der Übergang von der drohenden Zahlungsunfähigkeit zur faktischen Zahlungsunfähigkeit respektive der tatsächlichen Zahlungseinstellung vollzieht sich meist sehr rasch¹³⁴⁸. Irgendwo innerhalb dieser Phase beginnt nun die problematische Drei - Wochen - Frist für die Insolvenzantragstellung aufgrund eingetretener Zahlungsunfähigkeit zu laufen. Möglicherweise hätte dieses Erfordernis aber schon in der Erfolgskrise aufgrund einer dort bereits eingetretenen insolvenzrechtlichen Überschuldung bestanden.

¹³⁴⁶ Groß/Amen, WPg 2002 (A), S. 433 ff.; dies., WPg 2002 (B), S. 225 ff.

¹³⁴⁷ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹³⁴⁸ Schmidt, AG 1978, S. 336; Groß/Hess, WPg 1999, S. 423.

3. Die Phase der Insolvenzantragspflicht und deren Einflussgrößen

Mit Eintritt in die Phase der Insolvenzantragspflicht ist die in der Abbildung „Unternehmenskrise: Die zeitliche Dimension des § 19 InsO“¹³⁴⁹ dargestellte Nahtstelle des Instrumentariums des § 19 InsO und die ihr zugedachte Warnfunktion einer roten Ampel¹³⁵⁰ überschritten. Eine präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung mit der erhofften insolvenzprophylaktischen Wirkung ist zu diesem Zeitpunkt obsolet. Es gilt nun, mit Eintritt in die Phase der Insolvenzantragspflicht bzw. bei Vorliegen eines nicht zu beseitigenden Insolvenzantragsgrundes ein grundlegendes Bewusstsein dafür zu schaffen, dass mit der sofortigen Insolvenzantragstellung die Basis für eine erfolgreiche gerichtliche Sanierung gelegt werden kann. Diese ist aber nur darstellbar, wenn das Insolvenzverfahren rechtzeitig und vor allen Dingen geordnet in Gang gesetzt wird. Und dies ist wiederum davon abhängig, dass die

¹³⁴⁹ Dazu näher oben: E. III. (Zeitliche Dimension und Einflussgrößen einer sanierungsorientierten Insolvenzprophylaxe im Kontext des § 19 InsO).

¹³⁵⁰ Der Begriff „Warnlampenfunktion“ wurde, wenngleich in einer anderen Deutung, von Lutter geprägt, in: ders., AG 1998, S. 376, dazu näher oben: E. III. 2. (Die Phase der Insolvenzprophylaxe und deren Einflussgrößen).

insolvenzrechtliche Überschuldung frühzeitig genug festgestellt wird und der gesellschaftliche Vermögensverfall zu diesem Zeitpunkt noch nicht irreversibel ist¹³⁵¹.

Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass der Schwerpunkt dieses Kapitels nicht in der Darstellung gerichtlicher Sanierungsmöglichkeiten im Rahmen eines Insolvenzverfahrens und deren Erfolgsaussichten liegt. Vielmehr werden im Folgenden die unternehmensseitigen Konsequenzen - und hier insbesondere die strafbewehrten Konsequenzen für die organschaftlichen Vertreter - bei Missachtung der Insolvenzantragspflicht als Folge einer nicht oder einer zu spät erkannten Krise dargestellt. Vor dem Hintergrund der Ausgangzielsetzung machen aber gerade diese Konsequenzen eine detaillierte inhaltliche Befassung mit der Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO und den ihr immanenten Insolvenzantragsgründen nach §§ 17, 18 u. 19 InsO unabdingbar, insbesondere da diese in der Krisenpraxis in der Regel selbst von sachverständigen Dritten nicht ausreichend erkannt werden¹³⁵². „Es ist ein Kernproblem des Insolvenzrechts, die Insolvenzreife der Gesellschaft und damit eine bei haftungsbeschränkten Gesellschaften beste-

¹³⁵¹ Zöllner, Vortrag auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag in Berlin, 2005.

¹³⁵² Groß, WPG-Sonderheft 2003, S. 131.

hende Insolvenzantragspflicht rechtzeitig zu erkennen und danach zu handeln“¹³⁵³.

3.1. Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO

Mit Verkündung im Bundesgesetzblatt am 28.10.2008¹³⁵⁴ ist, wie bereits mehrfach erwähnt, das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mit Wirkung zum 1.11.2008 in Kraft getreten¹³⁵⁵. Neben weitreichenden Änderungen im Gesellschaftsrecht hat das Gesetz vor allen Dingen mit der Einführung der so genannten rechtsformneutralen Insolvenzantragspflicht auch grundlegende Neuerungen im Insolvenzrecht zur Folge. Die bislang im Gesellschaftsrecht verankerte Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG (a. F.) wurde im Zuge der Gesetzesänderung in das Insolvenzrecht verlagert und findet sich nunmehr in § 15a Abs. 1 InsO wieder¹³⁵⁶. Die bisherige Einordnung im Gesellschaftsrecht war allein historisch begründet¹³⁵⁷ und nicht

¹³⁵³ Bauer, 2008, S. 32.

¹³⁵⁴ BGBl. 2008 I S. 2026.

¹³⁵⁵ Dazu näher oben: C. III. (Weiterentwicklung der Insolvenzordnung als ständiger Reformprozess).

¹³⁵⁶ Kind, NZI 2008, S. 475 f.; Poertzgen, NZI 2008, S. 9 ff.

¹³⁵⁷ Das Konzept der Insolvenzantragspflicht datiert von 1892 (GmbHG) bzw. von 1884 (Art. 240 Abs. 2 ADHGB).

auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen¹³⁵⁸. Diese dogmatische Einordnung war jedoch bislang aus vielerlei Gründen umstritten¹³⁵⁹ und Gegenstand intensiver Diskussionen, aber auch tiefer Missverständnisse¹³⁶⁰. Diese Kontroversen gehören der Vergangenheit an und spielen in der Praxis keine Rolle mehr, weil der Gesetzgeber nun eine Entscheidung getroffen hat¹³⁶¹:

Mit der Verlagerung der Insolvenzantragspflicht in das Insolvenzrecht wurde die Grundlage dafür geschaffen, dass nunmehr auch die in Deutschland als Niederlassung oder Betriebsstätte gemeldete englische Limited der hiesigen Insolvenzantragspflicht unterliegt. Zudem wurde die Insolvenzantragspflicht auch inhaltlich erweitert, um dem in den letzten Jahren verstärkt auftretenden Problem so genannter „GmbH-Bestattungen“¹³⁶² adäquat entgegenzutreten zu können¹³⁶³. In der Vergangenheit scheiterten die Gläubiger bei der Durchset-

¹³⁵⁸ Begr. RegE MoMiG, S. 126, BR-Drs. 354/07 vom 25.05.2007 u. BT-Drs. 16/6140.

¹³⁵⁹ Wälzholz, DStR 2007, S. 1914.

¹³⁶⁰ Schmidt, GmbHR 2007, S. 1078.

¹³⁶¹ Begr. RegE MoMiG, S. 126 f.

¹³⁶² Als GmbH-Bestattung oder Firmenbestattung bezeichnet man die illegale Auflösung von insolvenzreifen juristischen Personen; vgl. hierzu: Eschelbach, 2009, S. 70 f.; Wilhelm, 2009, S. 40.

¹³⁶³ Begr. RegE MoMiG, S. 58; Nolting, ZAP 2008, S. 567 ff.; Schmahl, NZI 2008, S. 6 f.

zung ihrer Ansprüche vielfach daran, dass es an einer zustellungsfähigen Adresse bzw. an einem Zustellungsbevollmächtigten fehlte, wenn der Geschäftssitz verlegt wurde und/oder der organschaftliche Vertreter sein Amt niedergelegt hatte. Infolgedessen wurde die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 3 InsO auf die Gesellschafter einer Gesellschaft ausgeweitet. Zudem besteht die Verpflichtung, beim zuständigen Handelsregister eine Inlandsanschrift und einen Zustellungsbevollmächtigten anzumelden und einzutragen¹³⁶⁴. Hierdurch haben die Gläubiger die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung, geregelt im gleichzeitig neu eingeführten § 15a HGB i. V. mit § 185 Nr. 2 ZPO, die es bislang so nicht gab¹³⁶⁵.

3.2. Die insolvenzrechtliche Regelung des § 15a Abs. 1 InsO

Wird nach der Regelung des § 15a Abs. 1 InsO eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, besteht für die organschaftlichen Vertreter oder Liquidatoren die Verpflichtung, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO oder der

¹³⁶⁴ Steffek, BB 2007, S. 2077.

¹³⁶⁵ Carlé, DStZ 2008, S. 709 ff.; Nolting, ZAP 2008, S. 567 ff.

Überschuldung nach § 19 InsO, einen Insolvenzantrag zu stellen. Kommen die organschaftlichen Vertreter ihren Verpflichtungen zur Stellung des Insolvenzantrags nicht fristgerecht nach, greift die Schadensersatzhaftung aus § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO. Schließlich stellt die Norm des § 15a Abs. 1 InsO - wie schon die bisherige Norm des § 64 Abs. 1 GmbHG - ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB zu Gunsten der Gläubiger einer insolventen Gesellschaft dar¹³⁶⁶. Zudem sanktionieren in diesem Zusammenhang die Regelungen des § 64 GmbHG - vormals § 64 Abs. 2 GmbHG (a. F.) - Masseschmälerungen, welche organschaftliche Vertreter nach Eintritt der Insolvenzreife pflichtwidrig veranlasst haben¹³⁶⁷.

Die Pflicht des § 15a Abs. 1 InsO zielt jedoch bei wortgetreuer Auslegung primär nicht auf die Insolvenzantragstellung, sondern untersagt lediglich die Weiterführung einer insolventen Gesellschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens sowie eine Schmälerung der Haftungsmasse, d.h. der Untersagung der Weiterführung kann deshalb auch schon durch eine Sanierung

¹³⁶⁶ Gundlach/Frenzel/Strandmann, NZI 2008, S. 647; Meyer, BB 2008, S.1742 ff.; Poertzen, ZInsO 2007, S. 574 f.; Schmidt, GmbHR 2007, S. 1079.

¹³⁶⁷ Dazu näher unten: E. IV. 1.2. (Die rechtlichen Konsequenzen des § 64 GmbHG).

Genüge getan werden¹³⁶⁸. Insofern liegt der eigentliche Normzweck in der Erhaltung der Haftungsmasse, ohne die es zwangsläufig keine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit geben kann. Schutzsubjekte dieser Vorschrift sind mithin alle aktuellen und potentiellen Gläubiger. Der Gläubigerschutzgedanke ist dem Grundverständnis dieser Norm inhärent, da die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO nicht das Gebot verfolgt, um jeden Preis einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, sondern vielmehr das Verbot beinhaltet, die Gesellschaft in einer Insolvenzsituation fortzuführen und hierdurch Gläubiger zu schädigen¹³⁶⁹. Die Pflicht zur Erhaltung der Masse ist somit in Wahrheit Ausdruck des allgemeinen Verbots, die Überschuldung auf Kosten der Gläubiger zu verschärfen¹³⁷⁰. Die Norm des § 15a Abs. 1 InsO ist strafbewehrt und zwingend¹³⁷¹. Gemäß § 15a Abs. 4 InsO wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen Abs. 1 dieser Vorschrift einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt. Gemäß § 15a Abs. 5 InsO wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr

¹³⁶⁸ Schmidt, GmbHR 2007, S. 1078; Schmidt, ZIP 1980, S. 330.

¹³⁶⁹ Scholz, 2002, S. 3558; Schmidt, GmbHR 2007, S. 1078.

¹³⁷⁰ Altmeppen/Wilhelm, NJW 1999, S. 673 ff.; Schulze-Osterloh, in: Westermann/Mock (Hrsg.), FS Bezenberger, 2000, S. 415 ff.

¹³⁷¹ Brete/Thomsen, KSI 2009, S. 66 f.

oder einer Geldstrafe bestraft, wer in den Fällen des Abs. 4 dieser Vorschrift fahrlässig handelt. Infolgedessen kann die Norm des § 15a Abs. 1 InsO nicht durch Satzung oder eine andere vertragliche Gestaltung abbedungen werden.

Es gibt keinerlei Rechtfertigungsgründe von Seiten der organchaftlichen Vertreter, sich über diese Vorschrift hinwegzusetzen und ein der Insolvenzantragspflicht unterliegendes Unternehmen ohne Insolvenzantrag fortzusetzen und so letztlich einer Insolvenzverschleppung Vorschub zu leisten¹³⁷². Die Vermischung zwischen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen im Zusammenhang mit der Verletzung der Insolvenzantragspflicht machten den § 64 GmbHG in der alten Fassung insgesamt schwierig und in Teilen auch umstritten¹³⁷³; daran hat auch die Verlagerung der Insolvenzantragstellung in das Insolvenzrecht kaum etwas geändert.

3.3. Die Insolvenzantragsgründe der Insolvenzordnung

Die Insolvenzantragsgründe der Insolvenzordnung sind als die auslösenden Elemente zur Ingangsetzung eines Insolvenzver-

¹³⁷² LG Dortmund, Urteil vom 23.09.1985 - 9 T 560/85, ZIP 1985, S. 1341.

¹³⁷³ Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1156.

fahrens von zentraler Bedeutung. Die damit im Zusammenhang stehenden gesetzlichen Pflichten respektive deren Missachtung und die hieraus erwachsenen Folgen können für organschaftliche Vertreter und damit letztlich auch für die von ihnen geführten Unternehmen existenziell sein. Im Folgen werden daher die Insolvenzantragsgründe der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO, der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO und der Überschuldung nach § 19 InsO eingehend dargestellt.

3.3.1. Antrag auf Verfahrenseröffnung

Die Pflicht der Insolvenzantragstellung wird ausnahmslos durch die Insolvenzantragsgründe determiniert¹³⁷⁴. Die Insolvenzordnung regelt in den §§ 17-19 InsO zwei Pflichten und ein Recht zur Insolvenzantragstellung. Eine Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 InsO liegt demgemäß dann vor, wenn ein Unternehmen gemäß § 17 InsO zahlungsunfähig oder nach § 19 InsO überschuldet ist. Hier müssen die organschaftlichen Vertreter - neuerdings auch im Falle der Führungslosigkeit einer Gesellschaft deren Gesellschafter

¹³⁷⁴ Brete/Thomsen, KSI 2009, S. 66.

nach § 15a Abs. 3 InsO - ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der genannten Insolvenzantragsgründe die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Ohne schuldhaftes Zögern bedeutet dabei, dass die organschaftlichen Vertreter nach § 43 Abs. 1 GmbHG den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden haben¹³⁷⁵. Nach herrschender Meinung ist auch der so genannte faktische Geschäftsführer¹³⁷⁶ der Antragspflicht zu unterwerfen¹³⁷⁷, und zwar fehlerhaft bestellte Geschäftsführer ebenso wie solche, welche die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen haben¹³⁷⁸. Die unterlassene Insolvenzantragstellung wird auch zu deren Lasten zivil- und strafrechtlich sanktioniert. Liegt eine drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO vor, haben ausnahmslos die organschaftlichen Ver-

¹³⁷⁵ Die rechtzeitige Auslösung eines Insolvenzverfahrens und die Feststellung des Insolvenzantragsgrundes als Voraussetzung dafür gehören zu den schwierigsten Problemen des Insolvenzrechts überhaupt; vgl. hierzu: Schmidt, JZ 1982, S. 165.

¹³⁷⁶ Nach der Entscheidung des BGH vom 27.06.2005 (II ZR 113/03) ist ein faktischer Geschäftsführer derjenige, der die Geschicke der Gesellschaft - über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat; vgl. hierzu: Bauer, 2008, S. 140 ff.; vgl. hierzu: Büning, 2004, S. 145 ff.

¹³⁷⁷ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 932; Stein, ZHR 148, 1984, S. 230.

¹³⁷⁸ BGH, Urteil vom 21.03.1988 - II ZR 194/87, NJW 1988, S. 1789; BayObLG, Urteil vom 20.02.1997 - 5 St RR 159/96, BB 1997, S. 850; OLG Jena, Urteil vom 28.11.2001 - 4 U 234/01, GmbHR 2002, S. 112.

treter das fakultative Recht, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Insoweit besteht auch nur in diesem Fall für die organschaftlichen Vertreter angesichts der fehlenden Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung keine Haftung¹³⁷⁹.

3.3.2. Die Insolvenzantragspflicht im Kontext der Drei - Wochen - Frist

Die gesetzgeberseitig vorgegebenen Fristen, innerhalb derer für die organschaftlichen Vertreter die Verpflichtung besteht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, legt die Schutzvorschrift des § 15a Abs. 1 InsO¹³⁸⁰ mit maximal drei Wochen explizit und stringent fest¹³⁸¹. Die Ausweitung der Insolvenzantragspflicht auf die Gesellschafter einer Gesellschaft nach § 15a Abs. 3 InsO hat für diese, zumindest bei Führungslosigkeit der Gesellschaft, die gleichen Auswirkungen wie für organschaftliche Vertreter. Diese Schutzvorschrift zwingt einen organschaftlichen Vertreter zu beständiger Selbstprüfung des

¹³⁷⁹ Drukarczyk/Brüchner, in: Braun/Gottwald (Hrsg.), 2001, § 2; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.1998 - 22 U 25/98, GmbHR 1999, S. 479.

¹³⁸⁰ Gundlach/Frenzel/Strandmann, NZI 2008, S. 647; Meyer, BB 2008, S.1742 ff.; Poertzgen, ZInsO 2007, S. 574 f.; Schmidt, GmbHR 2007, S. 1079.

¹³⁸¹ Brete/Thomsen, KSI 2009, S. 66.

Unternehmens¹³⁸². Die Schwierigkeit dieser zeitlichen Regelung liegt aber genau in der exakten Bestimmbarkeit des Fristbeginns und der Charakteristik des Zustands, der, soll die Insolvenzantragspflicht entfallen, bis zu ihrem Ablauf unternehmensseitig erreicht werden muss¹³⁸³.

3.3.2.1. Fristbeginn

Nach der herrschenden Meinung beginnt die Drei - Wochen - Frist, wenn die Insolvenzantragsgründe Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des betroffenen Unternehmens objektiv vorliegen¹³⁸⁴ und die organschaftlichen Vertreter hiervon positive Kenntnis haben¹³⁸⁵. Die organschaftlichen Vertreter trifft zunächst die Pflicht, bei Verdachtsmomenten zu prüfen, ob ein die Drei - Wochen - Frist auslösender Insolvenzgrund gegeben

¹³⁸² Zum früheren § 64 Abs. 1 GmbHG (jetzt § 15a Abs. 1 InsO): BGH, Urteil vom 06.06.1994 - II ZR 292/91, GmbHR 1994, S. 539 ff., ZIP 1994, S. 1103 ff.; Lutter, GmbHR 2000, S. 301 ff.; Haas, in: Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), 2004, S. 73 f.

¹³⁸³ Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1165.

¹³⁸⁴ BGH, Urteil vom 09.07.1979 - II ZR 118/77, NJW 1979, S. 1829 f.; Scholz, 2000, § 64 GmbHG, Rnr. 13 ff.; Lutter/Hommelhoff, 2004, § 64 GmbHG, Rn. 28; Uhlenbruck, ZIP 1980, S. 80; Wimmer, NJW 1996, S. 2546 f.

¹³⁸⁵ BGH, Urteil vom 09.07.1979 - II ZR 118/77, NJW 1979, S. 1829 f.; Roth/Altmeyen, 1997, § 64 GmbHG, Rn. 47; Schulze-Osterloh, AG 1984, S. 143; ders., in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 50; Rowedder/Schmidt-Leithoff, 2002, § 64 GmbHG, Rn. 12.

ist¹³⁸⁶. Hierfür ist aber die positive Kenntnis der jeweils zur Antragstellung verpflichteten Personen von der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung erforderlich¹³⁸⁷. Die positive Kenntnis bedeutet in diesem Zusammenhang aber nicht nur das Wissen um die Insolvenzreife, sondern auch das bewusste Sich - Verschließen vor der Gewinnung entsprechender Kenntnisse¹³⁸⁸. Für den Fall, dass ein Insolvenzgrund vorliegt, haben die Gesellschaftsorgane drei Wochen Zeit, um entsprechende Sanierungsmaßnahmen zu prüfen und ggf. einzuleiten. Die Rechtsprechung hat die Anforderungen an das Handeln der organschaftlichen Vertreter dahingehend konkretisiert, dass diese bei einer erkannten Überschuldung nach pflichtgemäßem Ermessen die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile abwägen müssen, die nicht eingeweihten Neugläubigern entstehen können, wenn der Sanierungsversuch scheitert¹³⁸⁹. Je größer das Risiko einer Schädigung von Neugläubigern, desto sorgsamer haben die organschaftlichen Vertreter zu prüfen, ob dieses Risiko für eine Sanierung in Kauf zu nehmen ist¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ BGHZ 126, 181, 192 ff.; GmbHR 1994, S. 539 ff., BB 1994, S. 1657; BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995, S. 669.

¹³⁸⁷ Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 50.

¹³⁸⁸ Wicke, 2008, § 64 GmbHG, Rn. 7.

¹³⁸⁹ Reuter, BB 2003, S. 1803.

¹³⁹⁰ BGH, Urteil vom 09.07.1979 - II ZR 211/76, NJW 1979, S. 1829 f.

Häufig wird in der Praxis die Auffassung vertreten, die Frist zur Insolvenzantragstellung beginne zu spät, und zwar erst im Zeitpunkt der positiven Kenntnis. Dies hat einerseits zwar den Vorteil, dass möglichst viel Zeit für Sanierungsversuche zur Verfügung steht, andererseits aber den Nachteil, dass die potenzielle Insolvenzmasse weiter schmilzt bzw. schmelzen kann. Demgegenüber argumentiert die Gegenseite, dass beim Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit die positive Kenntnis nicht erforderlich sei und die „zutage liegenden“ Fakten und Merkmale im Sinne einer offensichtlichen Erkennbarkeit beim Tatbestand der Überschuldung genügen¹³⁹¹. Die letztere mehr auf Objektivität gerichtete Auffassung verdient aus mehreren Gründen den Vorzug¹³⁹². Zum einen entspricht sie bei Zahlungsunfähigkeit dem Wortlaut des Gesetzes¹³⁹³ und zeigt gerade in diesem Zusammenhang auf, dass es im Ergebnis keinen praktischen Mehrwert zwischen der objektiven und der subjektiven Lehre gibt, da es in der Natur der Sache liegt, dass eine vorliegende Zahlungsunfähigkeit den organschaftlichen Vertretern kaum verborgen bleiben dürfte¹³⁹⁴. Zum ande-

¹³⁹¹ Hüffer, in: Wank (Hrsg.), FS Wiedemann, 2002, S. 1047 f.; Sandmann, 2001, S. 380 ff.; OLG Jena, Urteil vom 28.11.2001 - 4 U 234/01, GmbHR 2002, S. 112.

¹³⁹² Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1166.

¹³⁹³ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 448.

¹³⁹⁴ Scholz, 2000, § 64 GmbHG, Rn. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff, 2002, § 64 GmbHG, Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, 2004, § 64 GmbHG, Rn. 28.

ren führt beim Tatbestand der Überschuldung gerade die objektive Lehre zu einem gegebenenfalls früheren - und somit erstrebenswerten - Beginn der Frist¹³⁹⁵ und zwingt so die organschaftlichen Vertreter zu einer ständigen Überprüfung ihrer wirtschaftlichen Situation¹³⁹⁶. Dies ist in jeder Hinsicht zweckmäßig¹³⁹⁷.

Letztlich muss auch berücksichtigt werden, dass die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags im öffentlichen Interesse liegt¹³⁹⁸ und insofern die Erfüllung derselben nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass die organschaftlichen Vertreter die Entwicklung aufmerksam beobachten; „sie haben eben zu wissen, ob ihre Gesellschaft überschuldet ist“¹³⁹⁹. Einzig das Erfordernis des Verschuldens schützt hier die organschaftlichen Vertreter vor strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen¹⁴⁰⁰. Erfahrungsgemäß hat aber gerade die Feststellung, ob und inwieweit ein Verschulden des organschaftli-

¹³⁹⁵ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹³⁹⁶ BGH, Urteil vom 01.03.1993 - II ZR 81/94, DSStR 1994, S. 1092; GmbHR 1994, S. 539 ff.; Goette, ZInsO 2001, S. 529 f.

¹³⁹⁷ Schmidt, WPg-Sonderheft 2003, S. 141 ff.

¹³⁹⁸ Grube/Maurer, GmbHR 2003, S. 1461 ff.

¹³⁹⁹ Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1166.

¹⁴⁰⁰ Dazu näher unten: E. IV. 1. (Das negative Insolvenzantragsverhalten organschaftlicher Vertreter im Kontext des § 19 InsO).

chen Vertreters vorlag, der Rechtsprechung bis heute immer wieder Schwierigkeiten bereitet¹⁴⁰¹.

3.3.2.2. Fristende

Spätestens mit Ablauf der Drei - Wochen - Frist¹⁴⁰² muss entweder der Insolvenzantrag gestellt oder aber der Insolvenzgrund Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beseitigt sein¹⁴⁰³. Die Art und Weise, wie diese Beseitigung zu erfolgen hat, ist irrelevant, entscheidend ist der Erfolg. Dies kann beispielsweise über kapitalerhaltende Maßnahmen in Form von Stundungen und Moratorien, freiwillige Zuzahlungen der Gesellschafter und Gläubigerverzichte unter gleichzeitiger Gewährung und Ausreichung neuer Kredite¹⁴⁰⁴, aber auch mittels Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen kraft qualifiziertem Rangrücktritt erfolgen, wobei die vorbezeichneten Maßnahmen nicht unbedingt gleichzeitig gegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung wirken. Ausgereichte Kredite von Dritten wirken lediglich gegen die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber gegen die Überschuldung. Umgekehrt kann ein von Seiten der

¹⁴⁰¹ BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06, NJW 2007, S. 2118.

¹⁴⁰² BGH, Urteil vom 30.07.2003 - 5 StR 221/03, NZI 2004, S. 48.

¹⁴⁰³ BGHSt 15, 306, 311; BGHSt 75, 96, 107 ff.

¹⁴⁰⁴ Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, S. 743; Goette, ZInsO 2001, S. 529 ff.

Gläubiger ausgesprochener Forderungsverzicht nur gegen eine Überschuldung wirken, nicht aber gegen eine Zahlungsunfähigkeit, es sei denn, die der Verzichtserklärung zugrunde liegende Forderung habe zugleich auch die Zahlungsunfähigkeit mit verursacht und für die anderen fälligen Verbindlichkeiten stünden ausreichend liquide Mittel zur Verfügung¹⁴⁰⁵.

Die Beseitigung des Insolvenzgrundes unterliegt dem Primat der Nachhaltigkeit, d.h. es besteht von Seiten des betroffenen Unternehmens nicht nur das Erfordernis, die der Zahlungsunfähigkeit zugrunde liegenden fälligen Verbindlichkeiten innerhalb der Drei - Wochen - Frist wieder erfüllen zu können, sondern darüber hinaus die Anforderung, dass mit einer Wiederholung der finanziellen Unausgewogenheit innerhalb der drei Folgemonate nicht zu rechnen sein wird. Fehlt es an der nachhaltigen Besserung, so ist der Insolvenzgrund nicht beseitigt. Gleiches gilt für den Tatbestand der Überschuldung, d.h. die Beseitigung einer vorliegenden Überschuldung wird nicht ausreichend sein, wenn die laufenden Verlustbringer nicht beseitigt werden und in logischer Konsequenz daraus mit ei-

¹⁴⁰⁵ Lutter/Hommelhoff, 2004, § 64 GmbHG, Rn. 29.

ner alsbaldigen neuerlichen Überschuldung gerechnet werden muss¹⁴⁰⁶.

Die Frist nach § 15a Abs. 1 InsO ist nicht disponibel und kann auch mit Zustimmung aller Gläubiger nicht verlängert werden¹⁴⁰⁷. Sie ist eine Höchstfrist¹⁴⁰⁸, und als solche ist sie als spätest möglicher Termin auszulegen. Dies bedeutet, dass die Drei - Wochen - Frist im Falle endgültig gescheiterter Sanierungsversuche unter Umständen schon früher enden kann¹⁴⁰⁹. Die Fristenregelung soll entsprechend ihrer historischen Entstehung die Möglichkeit zur Evaluierung der Aussichten einer außergerichtlichen Sanierung bieten¹⁴¹⁰. Stellt sich jedoch heraus, dass hierfür keine ernsthaften Erfolgsaussichten mehr bestehen, so ist umgehend der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁶ Lutter/Hommelhoff, 2004, § 64 GmbHG, Rn. 30.

¹⁴⁰⁷ Scholz, 2000, § 64 GmbHG, Rn. 21.

¹⁴⁰⁸ BGH, Urteil vom 30.07.2003 - 5 StR 221/03, NZI 2004, S. 48.

¹⁴⁰⁹ Goette, DStR 2001, S. 1537.

¹⁴¹⁰ Hachenburg/Ulmer, 1997, § 64 GmbHG, Rn. 23; Scholz, 2000, § 64 GmbHG, Rnr. 13 ff.

¹⁴¹¹ BGHZ 75, 96, 111 ff., Nach Fehlschlägen der Sanierungsbemühungen muss sofort Insolvenz angemeldet werden; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.06.1999 - 6 U 65/97, LSK 2000, 030056 (Ls.); Goette, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123 ff.

3.3.3. Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO

Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als allgemeiner Insolvenzeröffnungsgrund nach § 17 InsO löst die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs.1 InsO aus. Nach der Regelung des § 17 Abs. 2 InsO gilt: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat“.

Im Rahmen der Insolvenzordnung spielt der Insolvenzeröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit eine wesentliche Rolle. Sie ist in der Praxis der am häufigsten vorkommende Insolvenzeröffnungsgrund¹⁴¹². Im Vergleich mit der von der Rechtsprechung zur KO entwickelten Begriffsbestimmung hat der Gesetzgeber in der Insolvenzordnung auf die Nennung einiger ehemals für erforderlich erachteter Merkmale der Zahlungsunfähigkeit verzichtet. Vielmehr wurde nur noch auf die Fälligkeit von Zahlungspflichten abgestellt¹⁴¹³. Nach dem früheren Verständnis und der höchstrichterlichen Rechtsprechung war der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit das auf dem Mangel an

¹⁴¹² Eilenberger, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, § 17 InsO, Rn. 1.

¹⁴¹³ Uhlenbruck, 2003, § 17 InsO, Rn. 4.

Zahlungsmitteln beruhende, voraussichtlich dauernde Unvermögen eines Schuldners, seine sofort zu erfüllende Geldschulden im Wesentlichen zu begleichen¹⁴¹⁴. Insbesondere die Voraussetzungen der Attribute „dauerndes Unvermögen“ und „Wesentlichkeit“ des Anteiles der vom Schuldner aus Liquiditätsmangel nicht erfüllbaren Forderungen sind, zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes¹⁴¹⁵, im direkten Vergleich mit der unter der KO maßgeblichen Definition weggefallen. Obgleich die Regelung des § 17 Abs. 2 InsO die Merkmale der Dauer und der Wesentlichkeit nicht explizit erwähnt, soll, so die Rechtsprechung des BGH zum Zahlungsunfähigkeitsbegriff, eine geringfügige und/oder kurzfristige Unterdeckung nicht schon zu Zahlungsunfähigkeit führen¹⁴¹⁶. Zudem müssen nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH zum Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit¹⁴¹⁷ die Verbindlichkeiten ernsthaft eingefordert sein, um Zahlungsunfähigkeit zu begründen. Die nunmehr gültige Sprachregelung des § 17 Abs. 2 InsO wird in Teilen dennoch als eine beträchtliche Verschärfung und Vor-

¹⁴¹⁴ BGH, Urteil vom 11.10.1961 - VIII ZR 113/60, NJW 1962, S. 102; BGH, Urteil vom 30.04.1959 - VIII ZR 179/58, WM 1959, S. 891, KTS 1960, S. 38 f.; Kilger/Schmidt, 1997, § 102 KO, Anm. 2a.

¹⁴¹⁵ BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, ZInsO 2005, S. 807 ff.

¹⁴¹⁶ Ebd.

¹⁴¹⁷ BGH, Urteil vom 19.07.2007 - IX ZB 36/07, ZIP 2007, S. 1666.

verlegung des Zahlungsunfähigkeitstatbestands verstanden¹⁴¹⁸. Der Schuldner ist demgemäß dann zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Im Einzelnen kommt es dabei auf folgende Merkmale an:

3.3.3.1. Fällige Zahlungspflichten

Die Insolvenzeröffnung wegen Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO knüpft ausnahmslos an die Zahlungspflichten des Schuldners an. Ansprüche auf Hinterlegung von Geld¹⁴¹⁹ und Ansprüche auf Befreiung von einer Geldschuld¹⁴²⁰ müssen ebenfalls bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigt werden. Miterfasst sind auch all jene Verbindlichkeiten, die durch Nichterfüllung in eine Zahlungspflicht übergehen. Insoweit sind letztlich die Geldverbindlichkeiten eines Schuldners als maßgeblich anzusehen¹⁴²¹. Da-

¹⁴¹⁸ Penzlin, NZG 1999, S. 1203 ff.; Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 411.

¹⁴¹⁹ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 17 InsO, Rn. 6; Kirchhof, in: Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke/Stephan (Hrsg.), 2006, § 17 InsO, Rn. 6; Schröder, in: Schmidt (Hrsg.), 2007, § 17 InsO, Rn. 5.

¹⁴²⁰ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 17 InsO, Rn. 6; Kirchhof, in: Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke/Stephan (Hrsg.), 2006, § 17 InsO, Rn. 6.

¹⁴²¹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 3.

durch wird die Zahlungsunfähigkeit auf den Tatbestand der Illiquidität begrenzt¹⁴²².

Ausgehend von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist maßgeblich, dass die Verbindlichkeiten fällig sind. Nach der bislang herrschenden Auffassung genügte es für die Berücksichtigung einer Forderung bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung, dass sie fällig im Sinne des § 271 Abs. 1 BGB war¹⁴²³. In Abkehr von dieser bislang gängigen Rechtsauffassung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 19.07.2007 judiziert¹⁴²⁴, dass im Rahmen einer Zahlungsunfähigkeitsprüfung nur die fälligen und ernsthaft eingeforderten Forderungen zu berücksichtigen sind. Von der Fälligkeit einer Forderung im Sinne des § 271 Abs. 1 BGB dürfe nicht, so die richterliche Begründung, schematisch auf eine Berücksichtigung im Kontext einer Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden. Eine Forderung sei gemäß § 17 Abs. 2 InsO erst dann fällig, wenn eine Handlung von Seiten des Gläubigers feststehe, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, ergibt. Diesem Willen

¹⁴²² Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 5.

¹⁴²³ Schröder, in: Schmidt (Hrsg.), 2007, § 17 InsO, Rn. 8; Eilenberger, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), 2007, § 17 InsO, Rn. 7; Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 17 InsO, Rn. 7 ff.

¹⁴²⁴ BGH, Urteil vom 19.07.2007 - IX ZB 36/07, ZIP 2007, S. 1666.

wird jedoch schon dadurch Rechnung getragen, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Rechnung übersendet. Für den Fall, dass die Rechnung nicht fristgerecht bedient wird, genügt eine einmalige gläubigerseitige Zahlungsaufforderung; ein regelmäßiges Verlangen und Insistieren auf Zahlung wird nicht gefordert¹⁴²⁵. Zahlungspflichten müssen demnach fällig sein, d.h. Verbindlichkeiten, die noch nicht fällig sind, werden, anders als beim Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, vom Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nicht erfasst. Künftige, betagte (Verbindlichkeiten, deren Fälligkeiten ganz oder teilweise aufgeschoben sind) und gestundete Verbindlichkeiten sind insofern nicht hinzuzurechnen¹⁴²⁶. Ebenfalls nicht relevant für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sind nicht auf Geld gerichtete Verpflichtungen. Hierbei handelt es sich beispielsweise um die Erbringung von Sach- oder Dienstleistungen. Sie sind erst ab dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, in dem tatsächlich ein Übergang in eine Geldforderung stattgefunden hat¹⁴²⁷.

¹⁴²⁵ Ebd.

¹⁴²⁶ Uhlenbruck, 2003, § 17 InsO, Rn. 8.

¹⁴²⁷ Uhlenbruck, 2003, § 17 InsO, Rn. 7; Kirchhof, in: Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke/Stephan (Hrsg.), 2006, § 17 InsO, Rn. 6.

3.3.3.2. Zahlungsunfähigkeit vs. Zahlungsstockung

Die Zahlungsstockung ist terminologisch nicht mit der Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen. Unter einer Zahlungsstockung ist aus der Sicht des betroffenen Unternehmens ein vorübergehender Liquiditätsengpass, beispielsweise wegen verspäteter Zahlung von Drittschuldnern, zu verstehen. Die Unfähigkeit, für einen bestimmten Zeitraum seine fälligen Zahlungspflichten erfüllen zu können, muss aber binnen kurzer Zeit behoben sein. Die Zahlungsstockung ist insoweit als eine Art Geldilliquidität anzusehen, die einen Zeitraum nicht überschreitet, welchen eine kreditwürdige Person benötigt, um die erforderlichen Mittel zu beschaffen. Nach Auffassung des BGH ist hierfür ein Zeitraum von drei Wochen notwendig, aber auch ausreichend¹⁴²⁸. Die bloße Zahlungsstockung ist demgemäß kein Fall der Zahlungsunfähigkeit. Dieser Grundsatz ist nach wie vor geltendes Recht¹⁴²⁹. Dies bedeutet: „Wer alsbald zahlen kann, ist nicht zahlungsunfähig. Wer nicht alsbald zahlen kann, aber irgendwann wieder würde zahlen können, ist zahlungsunfähig“¹⁴³⁰.

¹⁴²⁸ BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, ZInsO 2005, S. 807 ff.

¹⁴²⁹ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 569 ff.; Schmerbach, 2009, § 17 InsO, Rn. 14.

¹⁴³⁰ Scholz, 2002, S. 3480.

Die Unfähigkeit zur Erfüllung von Zahlungspflichten bzw. das „nicht in der Lage“ sein enthält ein zeitliches Moment. Gerade im Hinblick auf eine sachlich saubere Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit ist die zeitliche Schiene von besonderer Relevanz. Die Nichterfüllung von fälligen Zahlungsverpflichtungen dürfte nach längstens drei Wochen im Allgemeinen zur Zahlungseinstellung führen¹⁴³¹. Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung wirkt grundsätzlich fort. Sie kann nur dadurch geheilt werden, dass die geschuldeten Zahlungen in ihrer Gesamtheit an die Gläubiger geleistet werden¹⁴³². Dies kann im Umkehrschluss bedeuten, dass die organschaftlichen Vertreter nachzuweisen haben, dass es sich entgegen dem Anschein nur um eine Zahlungsstockung handelte. Die Beweislast liegt daher beim organschaftlichen Vertreter, wenn dieser sich auf einen nachträglichen Wegfall der Zahlungsunfähigkeit beruft¹⁴³³. Umstritten ist in diesem Zusammenhang aber, ob der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO auch ein Prognosemoment

¹⁴³¹ Kirchhof, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.) 2000, S. 289 f.

¹⁴³² BGH, Urteil vom 12.10.2006 - IX ZR 228/03, NZI 2007, S. 36 f.; BGH, Urteil vom 25.10.2001 - IX ZR 17/01, NZI 2002, S. 88.

¹⁴³³ BGH, Urteil vom 25.10.2001 - IX ZR 17/01, NZI 2002, S. 88; Schröder, in: Schmidt (Hrsg.), 2007, § 17 InsO, Rn. 30; Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 17 InsO, Rn. 34; Kirchhof, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.) 2000, S. 285 ff.; Rn. 36.

enthält. Aus der Nichterwähnung prognostischer Elemente in der Insolvenzordnung wird im Allgemeinen gefolgert, dass eine Prognose nicht mehr zulässig ist und es stets nur auf die Beschaffung liquider Mittel binnen kurzer Zeit ankommt¹⁴³⁴. Auf der anderen Seite ist dieselbe jedoch unerlässlich, wenn es darum geht, Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit stringent zu unterscheiden, denn nur eine Zahlungsstockung, die wider Erwarten anhält, führt letztlich zur Zahlungsunfähigkeit. Die genaue Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit warf in der Vergangenheit erhebliche Zuordnungsprobleme auf. Der BGH hat diesbezüglich in seiner richtungweisenden Entscheidung vom 24.05.2005¹⁴³⁵ dezidiert die Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit abgegrenzt und in diesem Kontext weitere Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit herausgearbeitet. Das Ergebnis hat der BGH in den Leitsätzen seiner Entscheidung wie folgt zusammengefasst:

¹⁴³⁴ LG Hamburg, Urteil vom 16.03.2001 - 303 O 310/00, ZIP 2001, S. 711; AG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 - 73 IV 16/99, NZI 2000, S. 89; Penzlin, NZG 1999, S. 1205; Niesert, ZInsO, 2001, S. 735 ff.

¹⁴³⁵ BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, ZInsO 2005, 807 ff.

„1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür scheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.

2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.

3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% und mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist“¹⁴³⁶.

Zahlungsfähigkeit liegt demnach immer dann vor, wenn das betroffene Unternehmen in der Lage ist, innerhalb von drei

¹⁴³⁶ Ebd.

Wochen mindestens 90% der in diesem Zeitraum fälligen Verbindlichkeiten zu befriedigen (bloße Zahlungsstockung)¹⁴³⁷. Wird dieser Zeitraum überschritten, kommt es darauf an, ob die Liquiditätslücke über oder unter 10% liegt. Es gilt die widerlegbare Vermutung, dass bei einer Unterdeckung von weniger als 10% der Schuldner noch zahlungsfähig ist, wohingegen bei mehr als 10% Zahlungsunfähigkeit vorliegt¹⁴³⁸. Die Unter- bzw. Überschreitung dieser 10% - Grenze begründet allerdings nur eine widerlegbare Vermutung für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Zahlungsunfähigkeit. Soll bei einer Unterdeckung von weniger als 10% auf eine Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden, müssen besondere Umstände bzw. auf Tatsachen gestützte Erwartungen vorliegen, dass sich die regressive wirtschaftliche Entwicklung des betroffenen Unternehmens fortsetzen werde. Soll im umgekehrten Fall bei einer Überschreitung von mehr als 10% eine Zahlungsunfähigkeit verneint werden, müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb der gesetzten Frist von drei Wochen, jedoch gleichwohl in über-

¹⁴³⁷ Jung, KSI 2007, S. 223.

¹⁴³⁸ BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, ZInsO 2005, 807 ff.

schaubarer Zeit beseitigt werden wird. Dem Gläubiger muss diesbezüglich ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zumutbar sein¹⁴³⁹. Die Anforderungen an eine Entkräftung der widerlegbaren Vermutung sind umso geringer, je näher die Unterdeckung dem Schwellenwert von 10% kommt. Bei Liquiditätslücken von 20% oder mehr muss die vollständige Zahlungsfähigkeit binnen weniger Tage wieder hergestellt sein¹⁴⁴⁰.

Die für die Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung maßgebliche zeitliche Grenze von drei Wochen ist hierbei bewusst den gesellschaftsrechtlichen Regelungen des § 64 Abs. 1 GmbHG - alte Fassung; nunmehr § 15a Abs. 1 InsO - entlehnt, wonach die organschaftlichen Vertreter unverzüglich, spätestens jedoch binnen drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Insolvenzantrag stellen müssen. „Aus § 64 Abs. 1 GmbHG - alte Fassung; nunmehr § 15a Abs.1 InsO - folgt nach Auffassung des BGH, dass das Gesetz eine Ungewissheit über die Wiederherstellung der

¹⁴³⁹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 14.

¹⁴⁴⁰ Heublein, KSI 2006, S. 12 ff.; Undritz, in: Runkel (Hrsg.), 2005, S. 367 ff.; Braun, 2010, § 17 InsO, Rn. 9 ff.; Staufenbiehl/Hoffmann, ZInsO 2008, S. 785 ff.

Zahlungsfähigkeit einer Gesellschaft hinzunehmen bereit sei“¹⁴⁴¹.

In der Praxis führt die genannte BGH - Entscheidung zu einer mehrstufigen Prüfung der Zahlungsunfähigkeit¹⁴⁴². Die erste Stufe ist eine reine Zeitpunkt Betrachtung zum jeweiligen Stichtag der Zahlungsunfähigkeitsprüfung. Ausgehend hiervon wird in der zweiten Stufe, der Zeitrumbetrachtung, evaluiert, ob innerhalb der nächsten drei Wochen mindestens 90% der gesamten fälligen Verbindlichkeiten mithilfe der aktuell schon vorhandenen (verfügbaren) und der noch zu erwartenden (verfügbar werdenden) Mittel bedient werden können. Allerdings bleiben die im selben Zeitraum noch fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen unberücksichtigt. Liegen die ungedeckten fälligen Verbindlichkeiten über 10% und konnte keine positive Prognose diagnostiziert werden, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Bei einer positiven Prognose hingegen - Beweislast liegt beim Schuldner - wird in der dritten und letzten Stufe schließlich geprüft, inwieweit die Gesamtheit der fälligen Verbindlichkeiten in einem überschaubaren Zeitraum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zurückgeführt werden kann. Ist

¹⁴⁴¹ Nickert/Lamberti, 2007, S. 13 f.

¹⁴⁴² Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 412.

ein diesbezügliches Zuwarten der Gläubiger zumutbar, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor¹⁴⁴³. Liegen die ungedeckten fälligen Verbindlichkeiten unter 10% und konnte keine positive Prognose diagnostiziert werden - Beweislast liegt beim Gläubiger -, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Bei einer positiven Prognose hingegen wird in der dritten und letzten Stufe wiederum geprüft, inwieweit die Gesamtheit der fälligen Verbindlichkeiten in einem überschaubaren Zeitraum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zurückgeführt werden kann. Ist ein diesbezügliches Zuwarten der Gläubiger zumutbar, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor¹⁴⁴⁴. Dies bedeutet, dass in einem absehbaren Zeitraum alle bzw. fast alle fälligen Verbindlichkeiten wieder zurückgeführt werden müssen. Den Umfang dieses Zeitraums ließ der BGH jedoch offen. Die Praxis unterstellt bislang einen Drei - Monats - Zeitraum, in dem die vollständige respektive fast vollständige Bezahlung erfolgt sein muss¹⁴⁴⁵. „Das Urteil nennt insoweit keine zeitliche Obergrenze. Man wird jedoch mit aller Vorsicht sagen können, dass als Ausnahmefälle in aller Regel nur Verzögerungen bis zu drei Mona-

¹⁴⁴³ Nickert/Lamberti, 2007, S. 91.

¹⁴⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁴⁵ Ebd.

ten in Betracht kommen, und solche, die länger als sechs Monate dauern, generell indiskutabel sind“¹⁴⁴⁶.

3.3.3.3. Zahlungseinstellung

Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO begründet Zahlungseinstellung die Vermutung einer Zahlungsunfähigkeit. Die Regelung entspricht der früheren Vorschrift des § 102 Abs. 2 KO und stellt eine widerlegliche gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit dar. Die Begründung liegt in dem Umkehrschluss, wonach es eine Zahlungseinstellung ohne Zahlungsunfähigkeit nicht gibt. Nach der ständigen Rechtsprechung ist die Zahlungseinstellung ein nach außen erkennbares Verhalten, durch das die Zahlungsunfähigkeit zum Ausdruck kommt¹⁴⁴⁷. Zahlungseinstellung liegt demnach dann vor, wenn eine Gesellschaft aufgrund eines objektiv nicht nur vorübergehenden Mangels an Geldmitteln¹⁴⁴⁸ ihre fälligen und von den jeweiligen Gläubigern ernsthaft ein-

¹⁴⁴⁶ Fischer, ZGR 2006, S. 403 ff.

¹⁴⁴⁷ BGH, Urteil vom 14.02.2008 - IX ZR 38/04, NZI 2008, S. 299; BGH, Urteil vom 21.06.2007 - IX ZR 231/04, NZI 2007, S. 517; BGH, Urteil vom 20.11.2001 - IX ZR 48/01, NZI 2002, S. 91; BGH, Urteil vom 30.04.1959 - VIII ZR 179/58, WM 1959, S. 891, KTS 1960, S. 38 f.; BGH, Urteil vom 24.10.1996 - IX ZR 284/95, ZIP 1996, S. 2080 f.; BGH, Urteil vom 09.01.1997 - IX ZR 1/96, ZIP 1997, S. 367 f.

¹⁴⁴⁸ BGH, Urteil vom 25.01.2001 - IX ZR 6/00, NZI 2001, S. 247.

geforderten Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und dieser Zustand mindestens für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar wird¹⁴⁴⁹. Die Zahlung kleinerer Beträge heilt eine Zahlungseinstellung keineswegs¹⁴⁵⁰. Sie liegt selbst dann vor, wenn die tatsächlich geleisteten Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtverbindlichkeiten nicht den wesentlichen Teil ausmachen¹⁴⁵¹.

3.3.4. Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO

Nach der Regelung des § 18 Abs. 2 InsO gilt: „Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“.

Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist fakultativ und bezieht sich nur auf den Fall des Eigenantrags nach § 18 Abs. 1 InsO. Ein sich hierauf beziehender Fremdan-

¹⁴⁴⁹ BGH, Urteil vom 14.02.2008 - IX ZR 38/04, NZI 2008, S. 299; BGH, Urteil vom 10.01.1985 - IX ZR 4/84, NJW 1985, S. 1785; BGH, Urteil vom 11.07.1991 - IX ZR 230/90, ZIP 1991, S. 1014; BGH, Urteil vom 17.05.2001 - IX ZR 188/98, NZI 2001, S. 417.

¹⁴⁵⁰ Jaeger/Weber/Lent, 1958, § 102 KO, Anm. 3; Uhlenbruck, 2003, § 17 InsO, Rn. 12.

¹⁴⁵¹ BGH, Urteil vom 12.10.2006 - IX ZR 228/03, NZI 2007, S. 36 f.

trag wäre demzufolge nicht zulässig¹⁴⁵². Diese Unzulässigkeit wirkt in zwei Richtungen: Einerseits soll der Schuldner vor zu starkem Druck von Seiten der Gläubiger geschützt werden, andererseits soll eine bestehende Aussicht auf außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen nicht gefährdet werden¹⁴⁵³. Der Eigenantrag erlaubt dem betroffenen Unternehmen den Gang in das Insolvenzverfahren auch schon bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit. Demgemäß ist der vorbezeichnete Antrag bei juristischen Personen und/oder bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit nur zulässig, wenn er nach § 18 Abs. 3 InsO von allen organschaftlichen Vertretern gemeinsam oder von einem einzelvertretungsberechtigten Organ gestellt wird¹⁴⁵⁴. Der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit löst somit keine Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO aus. Insoweit besteht auch keine organschaftliche Pflicht zur Stellung desselben und folglich auch keine Haftung¹⁴⁵⁵. Demgegenüber können jedoch organschaftliche Vertreter für einen eigenmächtig gestellten Insolvenzantrag nach § 18 InsO schadensersatzpflichtig gemacht wer-

¹⁴⁵² Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 429.

¹⁴⁵³ Kübler/Prütting/Bork, 2007, § 18 InsO, Rn. 2.

¹⁴⁵⁴ Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1157; Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 429.

¹⁴⁵⁵ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, Rn. 845 ff.

den¹⁴⁵⁶. Im Grundsatz ist jedoch von einem organschaftlichen Vertreter zu erwarten, dass er bei Vorlage einer drohenden Zahlungsunfähigkeit und unter der Voraussetzung, dass noch keine Überschuldung vorliegt, die Gesellschafterversammlung gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG einberuft oder die Gesellschafter formlos befragt¹⁴⁵⁷. Eine Weisung der Gesellschaftermehrheit an den organschaftlichen Vertreter, einen Antrag zu stellen bzw. selbigen zu unterlassen, wirkt prinzipiell bindend¹⁴⁵⁸. Anders verhält es sich jedoch, wenn objektiv feststeht, dass die Gesellschaft bereits überschuldet oder sogar schon zahlungsunfähig und die Drei - Wochen - Frist des § 15a Abs. 1 InsO verstrichen ist. Für diesen Fall geht die zwingende Insolvenzantragspflicht der organschaftlichen Vertreter dem Willen der Gesellschafter vor¹⁴⁵⁹.

3.3.4.1. Tatbestand des § 18 InsO

Der Wortlaut dieser Vorschrift rekurriert vorrangig auf bestehende Zahlungspflichten, die im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit voraussichtlich nicht erfüllt werden können, darüber hinaus ver-

¹⁴⁵⁶ Ehlers, ZInsO 2005, S. 169 ff.

¹⁴⁵⁷ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 18 InsO, Rn. 19.

¹⁴⁵⁸ Ebd.

¹⁴⁵⁹ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 429.

mögen aber auch Verbindlichkeiten, die noch nicht bestehen, deren Fälligkeiten aber schon absehbar sind, eine drohende Zahlungsunfähigkeit zu begründen¹⁴⁶⁰. Die Möglichkeit der Nichterfüllung wird in diesem Zusammenhang begrifflich im Sinne von überwiegender Wahrscheinlichkeit charakterisiert, da der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit für den maßgeblichen Zeitpunkt wahrscheinlicher sein muss - größer als 50% - als ihre Vermeidung¹⁴⁶¹. In der Praxis wird diesbezüglich eine schwerwiegende Liquiditätskrise als ausreichend angesehen¹⁴⁶². Eine vorübergehende Zahlungsstockung genügt jedoch ebenso wenig wie beim Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit¹⁴⁶³. Insoweit ist auch im Kontext des § 18 InsO auf das richtungweisende BGH - Urteil¹⁴⁶⁴ und seine Grundsätze zur Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO abzustellen. Es muss also in einem bestimmten Prognosezeitraum der überprüfbare Nachweis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit erbracht wer-

¹⁴⁶⁰ Braun/Uhlenbruck, 1997, S. 285; Drukarczyk/Schüler, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), 2000, S. 95; vgl. hierzu: Kölsch, 1988; Drukarczyk, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), 2007, § 18 InsO, Rn. 46 ff.; Harz, ZInsO 2001, S. 193 ff.

¹⁴⁶¹ Bretzke, 1984, S. 107 f.; Kirchhof, in: Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann /Marotzke/Stephan (Hrsg.), 2006, § 18 InsO, Rn. 13.

¹⁴⁶² Bürger/Buchhart, WPg 1999, S. 155 ff.; Braun/Uhlenbruck, 1997, S. 285 f.

¹⁴⁶³ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 18 InsO, Rn. 13; Uhlenbruck, 2003, § 18 InsO, Rn. 3; ders., GmbHR 1999, S. 313 ff.

¹⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547, ZInsO 2005, S. 807 ff.

den. Das Insolvenzantragsrecht der drohenden Zahlungsunfähigkeit setzt mithin zwingend eine Prognose der Zahlungsfähigkeit bzw. der künftigen Liquidität voraus. Die organschaftlichen Vertreter haben für den Fall eines innerhalb ihrer Planungsrechnung künftig auftretenden und nicht zu beseitigenden negativen Zahlungsmittelbestands die Möglichkeit, schon zum Zeitpunkt der Kenntnisnahme einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Dieses Insolvenzantragsrecht setzt jedoch, im Gegensatz zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO, eine längerfristige Prognose der Zahlungsfähigkeit voraus¹⁴⁶⁵. Problematisch ist hierbei lediglich der Umfang des zugrunde liegenden Prognosezeitraums¹⁴⁶⁶. Die Grundlage einer jeden Zahlungsunfähigkeitsprüfung bildet die Ertragsplanung, aus welcher die Liquiditätsplanung abgeleitet wird. Die Grenzen für den Prognosezeitraum und die Ertragsplanung sind insofern gleichzusetzen¹⁴⁶⁷. Aufgrund möglicher Wechselwirkungen zwischen Ertrags- und Liquiditätsplanung bietet es sich an, im Rahmen der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf einen Prognosezeitraum abzustellen, der üblicherweise das Geschäftsjahr der

¹⁴⁶⁵ Jung, KSI 2007, S. 224.

¹⁴⁶⁶ Schröder, in: Schmidt (Hrsg.), 2007, § 18 InsO, Rn. 9.

¹⁴⁶⁷ Nickert/Lamberti, 2007, S. 94.

Prognoseerstellung sowie das Folgejahr umfasst, also einen Zeitraum zwischen 12 und 24 Monate zu Grunde legt¹⁴⁶⁸. Dieser Zeitraum entspricht somit dem maßgeblichen Zeitrahmen einer Fortbestehensprognose.

3.3.4.2. Praktische Relevanz der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO

Die Reformkommission¹⁴⁶⁹ hatte ursprünglich erwogen, nach ausländischem Vorbild ein so genanntes Insolvenzverhütungsprogramm einzuführen. Es ist wie bei einer ausgebrochenen Krankheit: "Je rechtzeitig sie erkannt wird und je frühzeitiger Heilungsmaßnahmen ergriffen werden, umso größer sind die Heilungschancen"¹⁴⁷⁰. Da jedoch einzig das Vorliegen einer materiellen Insolvenz die Rechtfertigung für die mit dem Verfahren verbundenen erheblichen Eingriffe in Gläubiger- und Schuldnerrechte ist, hat die Kommission Abstand von einer rechtzeitigen und geordneten Verfahrenseröffnung genommen¹⁴⁷¹. Nach den Vorstellungen der Reformkommission sollte bereits eine bevorstehende Zahlungsunfähigkeit für

¹⁴⁶⁸ Wimmer/Dauernheim/Wagner/Weidekind-Hefermehl, 2002, S. 38.

¹⁴⁶⁹ Dazu näher oben: C. II. (Die Insolvenzordnung von 1999).

¹⁴⁷⁰ Uhlenbruck, 2003, S. 390.

¹⁴⁷¹ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 427.

die organschaftlichen Vertreter insolvenzantragsverpflichtend sein¹⁴⁷².

Abweichend von dieser ursprünglichen Vorstellung hat der Gesetzgeber den Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf den fakultativen Fall des schuldnerseitigen Eigenantrags nach § 18 Abs. 1 InsO beschränkt¹⁴⁷³, verbunden mit der Hoffnung, eine rechtzeitige und leichtere Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu ermöglichen. Die praktische Relevanz dieser Vorschrift ist jedoch im Hinblick auf den ihr zugeordneten Charakter einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung als Garant für eine aussichtsreiche gerichtliche Sanierung eher gering¹⁴⁷⁴ und greift zu spät, da sie vollkommen unberücksichtigt lässt, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit für sich genommen zugleich eine negative Fortbestehensprognose impliziert¹⁴⁷⁵. Die Fortbestehensprognose als solche ist integraler Bestandteil der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung¹⁴⁷⁶. Im Rahmen einer solchen hat ein negatives Prognoseergebnis rechtlich zur Konsequenz, dass bei der Bewertung

¹⁴⁷² Reformkommission, erster Bericht, 1985, S. 109 ff.

¹⁴⁷³ BT-Drs. 12/2443, S. 114 f.

¹⁴⁷⁴ Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 18 InsO, Rn. 23; Nickert/Lamberti, 2007, S. 93.

¹⁴⁷⁵ Groß/Amen, WPg 2002 (A), S. 433 ff.; dies., WPg 2002 (B), S. 225 ff.

¹⁴⁷⁶ Beck, KSI 2009, S. 62 f.

der Vermögenswerte im Überschuldungsstatus auf Liquidationswerte abzustellen ist¹⁴⁷⁷. Eine auf Liquidationswerte abstellende Bewertung würde allerdings in der Praxis bei einem Großteil deutscher Unternehmen (ca. 75-80%) unweigerlich zur rechnerischen Überschuldung führen und in Verbindung mit einer negativen Fortbestehensprognose automatisch zur insolvenzrechtlichen Überschuldung. Von diesem Zeitpunkt an beginnt unweigerlich die Drei - Wochen - Frist zur Insolvenzantragstellung nach § 15a Abs. 1 InsO zu laufen¹⁴⁷⁸. Dies bedeutet, dass durch das Ergebnis einer negativen Fortbestehensprognose und die Möglichkeit einer freiwilligen Insolvenzantragstellung aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO unter Umständen eine bindende Insolvenzantragspflicht infolge einer bereits eingetretenen insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO erwachsen ist. So gesehen, ist die drohende Zahlungsunfähigkeit ein Indikator für die Überschuldung¹⁴⁷⁹.

In der Praxis ist diesbezüglich häufig zu beobachten, dass Eigenanträge wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, gerade

¹⁴⁷⁷ Groß/Amen, WPg 2002 (A), S. 433 ff.; dies., WPg 2002 (B), S. 225 ff.

¹⁴⁷⁸ Ebd.; Uhlenbruck, 2003, § 13 InsO, Rn. 32 ff.

¹⁴⁷⁹ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 19.

bei Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH, durchaus keine Seltenheit darstellen¹⁴⁸⁰. Dies hat jedoch weniger mit den Absichten des Gesetzgebers zu tun. Vielmehr empfiehlt es sich für organschaftliche Vertreter, in einer mutmaßlichen Überschuldungssituation einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit zu stellen, da sie auf diese Weise ihren insolvenzrechtlichen Organpflichten ex nunc ebenso genügen wie bei einem auf Überschuldung basierenden Antrag¹⁴⁸¹. Diese Vorgehensweise hat allerdings den Vorteil, dass, bedingt durch den Umstand, dass gestellte Insolvenzanträge wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oftmals verdeckte Überschuldungssituationen kaschieren¹⁴⁸², eine bereits gegenständliche Insolvenzverschleppung für die Zukunft beendet werden kann bzw. selbige sich möglicherweise für die Vergangenheit verbergen lässt¹⁴⁸³.

¹⁴⁸⁰ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 428.

¹⁴⁸¹ Schmidt, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), 2000, S. 1204; Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 18 InsO, Rn. 23.

¹⁴⁸² Drukarczyk, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), 2007, § 18 InsO, Rn. 61; Gottwald, 2006, § 6, Rn. 10.

¹⁴⁸³ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 428; Schmidt, ZGR 1998, S. 633 ff.; Jaeger/Henckel/Gerhardt, 2004, § 18 InsO, Rn. 3.

3.3.5. Überschuldung nach § 19 InsO

Der Gesetzgeber verfolgte mit dem insolvenzrechtlichen Tatbestand der Überschuldung nach § 19 InsO einen doppelten Zweck: Zum einen galt es einen Ausgleich für das beschränkte Haftungskapital der GmbH zu schaffen und zum anderen eine gewisse Vorverlagerung der Insolvenzreife zu ermöglichen. Im Kontext dieser Zielsetzungen sind daher die organschaftlichen Vertreter verpflichtet, die Lage der Gesellschaft laufend zu überwachen und bei negativen Entwicklungen die Gesellschafter umgehend in Kenntnis zu setzen. Deuten nachhaltige Verluste und mangelnde Ertragskraft auf das Vorhandensein einer Krise hin, so haben die organschaftlichen Vertreter Sanierungsmöglichkeiten zu evaluieren und die entsprechenden Sanierungskonzepte zu entwickeln. Diese sind sodann den Gesellschaftern vorzulegen, damit deutlich vor dem Zeitpunkt einer möglichen Insolvenz eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob und inwieweit das Unternehmen liquidiert oder aber saniert und fortgeführt werden soll¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸⁴ Lutter/Hommelhoff, 2004, S. 1157.

3.3.5.1. Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff des § 19 InsO

Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff des § 19 InsO hat sich, wie bereits mehrfach erwähnt¹⁴⁸⁵, im Zuge der Einführung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG)¹⁴⁸⁶ seit dem 18.10.2008 vorübergehend und befristet für zunächst zwei und dann fünf Jahre geändert¹⁴⁸⁷. Da aus heutiger Sicht der vormalige Überschuldungsbegriff in fünf Jahren wieder dem nachmaligen entsprechen wird, erfolgt im Zuge einer kurzen begrifflichen Erläuterung die Darstellung des Überschuldungsbegriffs sowohl alter als auch neuer Prägung¹⁴⁸⁸.

Nach der Regelung des § 19 Abs. 2 InsO galt bis zum 17.10.2008: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist

¹⁴⁸⁵ Dazu näher oben: C. II. 2.4.1.2. (Überschuldung gemäß § 19 InsO).

¹⁴⁸⁶ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. I S. 1982.

¹⁴⁸⁷ Mit der Einführung des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, welches am 30.09.2009 in Kraft trat, wurde die Frist um weitere drei Jahre verlängert, BGBl. I S. 3151; BR-Drs. 718/09 vom 10.09.2009; BT-Drs. 16/13980 vom 03.09.2009; BT-Drs. 16/13927 vom 21.08.2009.

¹⁴⁸⁸ Methodik einer Überschuldungsprüfung: dazu näher oben: D. I. 4. (Die Methodik der Überprüfung der Schuldendeckungsfähigkeit).

jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist¹⁴⁸⁹.

Die alte Regelung des § 19 Abs. 2 InsO stellte auf eine nicht mehr vorhandene Schuldendeckungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens ab. Daraus folgte, dass eine Überschuldungssituation, wenngleich erst formal, da insolvenzrechtlich noch ungeprüft, zu einem Zeitpunkt eintrat, zu dem die Vermögenswerte des Schuldners nicht mehr ausreichten, die schuldnerseitig bestehenden Verbindlichkeiten zu decken¹⁴⁹⁰. Daraus folgte weiter, dass eine Übertragung von Verfügungs- und Verwaltungsrechten vom Schuldner auf die Gläubiger erst dann ökonomisch legitimiert war, wenn ein Unternehmen insolvenzrechtlich überschuldet, also der Unternehmensgesamtwert unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten kleiner war als die gläubigerseitigen Ansprüche bei vertragsgerechter Erfüllung. Dieses Missverhältnis führte zu einer Gefährdung der Gläubigerpositionen, da das bestehende Unternehmensvermögen in solchen Konstellationen vollständig durch über-

¹⁴⁸⁹ Das Vorgehen in der alten Fassung wird auch als so genannte „zweistufige Methode“ bezeichnet; vgl. hierzu: Drukarczyk/Schüler, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), 2000, S. 119 ff.

¹⁴⁹⁰ Harz, ZInsO 2001, S. 193.

steigende Verbindlichkeiten gebunden war und die gläubigerseitigen Ansprüche mithin nicht mehr voll befriedigt werden konnten¹⁴⁹¹. Demzufolge musste das betroffene Unternehmen seine Tätigkeit zu diesem Zeitpunkt beenden, da eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit ex nunc im Zweifel zu Lasten der Alt- und Neugläubiger gewirkt hätte. Aus diesem Grund war die Übertragung der Entscheidungsbefugnisse vom Schuldner auf die Gläubiger ökonomisch legitimiert. Die Überprüfung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung bedurfte daher immer eines Vergleichs des Vermögens mit den Verbindlichkeiten¹⁴⁹². Neben dem Überschuldungsstatus war aber noch ein prognostisches Element notwendig: die Fortbestehensprognose. Sie determinierte die Bewertung von Vermögensgegenständen in der Überschuldungsbilanz insofern, als dass bei einer negativen/positiven Prognose der Ansatz von Liquidationswerten/Fortführungswerten in der Überschuldungsbilanz zu wählen war, d.h. nach der alten Regelung des § 19 Abs. 2 InsO hatte die Fortbestehensprognose lediglich Einfluss auf die Bewertung der Vermögensgegenstände¹⁴⁹³. Eine insolvenzrechtliche Überschuldung mit der damit einher-

¹⁴⁹¹ Ebd.

¹⁴⁹² Götz, 2004, S. 162.

¹⁴⁹³ Groß/Amen, DB 2005, S. 1861 ff.

gehenden Insolvenzantragspflicht lag demnach dann vor, wenn der Überschuldungsstatus, erstellt unter Liquidations- oder Fortführungswertansätzen, eine evidente Überschuldung auswies.

Nach der neuen Regelung des § 19 Abs. 2 InsO gilt seit dem 18.10.2008, wenn auch nur vorübergehend: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“¹⁴⁹⁴.

Ausgelöst wurde die Modifikation des Überschuldungsbegriffs durch die andauernde Finanzmarktkrise¹⁴⁹⁵. In der Pressemitteilung des BMJ vom 13.10.2008 wurde die Intention, die hinter der Änderung der Insolvenzordnung stand, wie folgt beschrieben¹⁴⁹⁶: „Die gegenwärtige Finanzkrise hat zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt. Dies kann bei Unternehmen, die von diesen Verlusten

¹⁴⁹⁴ Das Vorgehen in der neuen Fassung wird als so genannte „modifizierte zweistufige Methode“ bezeichnet; vgl. hierzu: Drukarczyk/Schüler, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), 2000, S. 119 ff.

¹⁴⁹⁵ Beck, KSI 2009, S. 61.

¹⁴⁹⁶ Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217.

besonders massiv betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung führen. Können diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden, sind die Geschäftsführer dieser Unternehmen nach geltendem Recht verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser rechnerischen Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies gilt selbst dann, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortbestehensprognose gestellt werden kann und der Turnaround sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet. Solche Unternehmen sollen künftig nicht mehr verpflichtet sein, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen¹⁴⁹⁷. Diese befristete Änderung hat zur Folge, dass die Frage nach der Wahrscheinlichkeit der Fortführung eines Unternehmens mittels einer Fortbestehensprognose nicht mehr allein Bedeutung für den bei der Erstellung des Überschuldungsstatus anzuwendenden Bewertungsmaßstab hat. Im Falle einer positiven Fortbestehensprognose kommt es nunmehr auf eine Gegenüberstellung des Vermögens und der Verbindlichkeiten des Schuldners nicht mehr an¹⁴⁹⁸. Dies bedeutet, dass der Tatbestand der Überschuldung nicht vorliegt, sofern die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit überwiegend wahrscheinlich ist, ungeachtet

¹⁴⁹⁷ Abrufbar unter www.bmj.bund.de.

¹⁴⁹⁸ Rokas, ZInsO 2009, S. 19.

dessen, nach welchen Maßstäben das Vermögen bewertet wird. Damit wird nach der neuen Regelung des § 19 Abs. 2 InsO der Überschuldungsstatus entbehrlich, soweit eine Fortbestehensprognose positiv ausfällt. Eine insolvenzrechtliche Überschuldung mit der sich hieraus ergebenden Insolvenzantragspflicht ergäbe sich demnach nur dann, wenn die Fortbestehensprognose negativ ausfiele und gleichzeitig der Überschuldungsstatus unter Ansatz von Liquidationswerten eine rechnerische Überschuldung zum Ergebnis hätte¹⁴⁹⁹.

Die Fortbestehensprognose ist ungeachtet der jeweiligen Regelung des § 19 Abs. 2 InsO mit unterschiedlicher Bedeutungshoheit ein zentrales Element der Überschuldungsprüfung. In aller Regel unterliegen aber prognostische Elemente einer gewissen Manipulations- und Missbrauchsanfälligkeit¹⁵⁰⁰. Gerade in Krisenzeiten ist die Aussagekraft von Fortbestehensprognosen und damit eine verlässliche Vorausschau auf eine künftige Entwicklung anzuzweifeln¹⁵⁰¹; darüber hinaus ist auch eine positive Fortbestehensprognose weder in der Lage, eine evident vorliegende rechnerische Überschuldung zu hei-

¹⁴⁹⁹ Körnert/Wagner, ZInsO 2009, S. 2133.

¹⁵⁰⁰ Körnert/Wagner, ZInsO 2009, S. 2132.

¹⁵⁰¹ Böcker/Poertzgen, GmbHR 2008, S. 1293.

len, noch eine etwaige finanzielle Haftung zu ersetzen¹⁵⁰².

Insoweit bleibt festzustellen: § 19 Abs. 2 InsO a.F. ließ hinsichtlich des Ergebnisses einer Fortbestehensprognose keinerlei Interpretationsspielräume zu, d.h. unabhängig vom Ergebnis derselben mussten die organschaftlichen Vertreter bei einer negativen Differenz zwischen Vermögen und Schulden (negatives Eigenkapital = rechnerische Überschuldung) binnen drei Wochen einen Insolvenzantrag stellen. Nach § 19 Abs. 2 InsO n.F. ist die negative Differenz zwischen Vermögen und Schulden demgegenüber irrelevant geworden, soweit die Fortbestehensprognose positiv ausgefallen ist¹⁵⁰³. Daraus folgt, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung derzeit nur dann gegeben ist, wenn eine rechnerische Überschuldung *und* gleichzeitig eine negative Fortbestehensprognose vorliegen. Somit wird eine rechnerische Überschuldung für die Dauer bis zum 31.12.2013 durch eine positive Fortbestehensprognose geheilt bzw. negiert¹⁵⁰⁴. Die durch den Gesetzgeber befristet vollzogene Gewichtsverschiebung zu Gunsten der Fortbestehensprognose und zu Lasten eines Überschuldungsstatus

¹⁵⁰² Körnert/Wagner, ZInsO 2009, S. 2133.

¹⁵⁰³ Böcker/Poertzgen, GmbHR 2008, S. 1292.

¹⁵⁰⁴ Körnert/Wagner, ZInsO 2009, S. 2133.

verdrängt bzw. relativiert aber die einem solchen Insolvenztest zukommende Warnfunktion¹⁵⁰⁵. So werden ausgerechnet in Krisenzeiten die mit der Erstellung eines Überschuldungsstatus verbundenen objektivierbaren Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten organschaftlicher Vertreter zu Lasten der Gläubiger relativiert¹⁵⁰⁶ und im Extrem durch eine in die Zukunft gerichtete und auf in der Regel asymmetrischen Informationen basierende subjektive und damit „gestaltbare“ positive Fortbestehensprognose ersetzt. „Die gelockerte Überschuldungsdefinition mit ihrer positiven Fortbestehensprognose kann die verlustabsorbierende Pufferfunktion des Eigenkapitals niemals erfüllen“¹⁵⁰⁷.

Ungeachtet des jeweiligen Meinungsstands und der jeweils gültigen gesetzlichen Definition mit all den damit verbundenen Auswirkungen löst der Tatbestand der insolvenzrechtlichen Überschuldung als allgemeiner Insolvenzeröffnungsgrund nach § 19 InsO ohne schuldhaftes Zögern ebenso wie der

¹⁵⁰⁵ Poertzen, ZInsO 2009, S. 402.

¹⁵⁰⁶ Böcker/Poertzen, GmbHR 2008, S. 1289 ff.; Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, S. 1217 ff.; Kuhn/Uhlenbruck, 1994, § 102 KO, Rn. 5 f.; Müller/Haas, 2000, S. 1799.

¹⁵⁰⁷ Körner/Wagner, ZInsO 2009, S. 2135.

Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a Abs. 1 InsO aus.

3.3.5.2. Dependenzen zwischen der insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO und der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO

Das komplexe System der Insolvenzantragsgründe führt in der Krisenpraxis häufig zu Problemen dergestalt, dass die Insolvenzreife eines Unternehmens selbst von versierten Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatern nicht voll und vor allen Dingen nicht rechtzeitig erkannt wird¹⁵⁰⁸. Ausgelöst werden solche Missverständnisse und Irrtümer in der Praxis auch deshalb, weil die sachlogischen Zusammenhänge zwischen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung häufig falsch interpretiert werden. Im Schrifttum wird vereinzelt postuliert, dass der Tatbestand der Überschuldung zeitlich dem Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit nachfolge¹⁵⁰⁹, so dass der letztgenannte der besser geeignete Krisenfrühwarnindikator sei. Trotz dieser wertenden Klassifizierung

¹⁵⁰⁸ Groß, WPg-Sonderheft 2003, S. 131.

¹⁵⁰⁹ Schmidt/Uhlenbruck, 2009, S. 427.

wird in der Praxis immer wieder ein gewisses Näheverhältnis zwischen beiden Insolvenzantragsgründen unterstellt, da zur Überprüfung derselben jeweils ein prognostisches Element, die Fortbestehensprognose, herangezogen wird. Dennoch können beide eröffnungsbegründenden Tatbestände nicht auf eine Stufe gestellt werden¹⁵¹⁰, da die jeweiligen Herangehensweisen innerhalb der Prüfungshandlungen durch unterschiedliche Ausgangspunkte determiniert werden. Die Überschuldung nach § 19 InsO hat ihre Ursache in einer Erfolgskrise¹⁵¹¹, wohingegen die drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO erste Indikatoren einer sich abzeichnenden Liquiditätskrise aufweist. Eine Erfolgskrise kann, muss aber nicht zwangsläufig mit einer Liquiditätskrise zeitlich einhergehen. Daraus folgt, dass eine Überschuldung nach § 19 InsO vorliegen kann, ohne dass gleichzeitig eine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO eingetreten ist oder nach § 18 InsO droht¹⁵¹². Die Konstellation, wonach die (drohende) Zahlungsunfähigkeit der Überschuldung vorgelagert ist, kommt in der Praxis eher seltener vor. Vielmehr ist feststellbar, dass der Zeitpunkt der Überschuldung regelmäßig weit mehr als ein

¹⁵¹⁰ Ausschussbericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, in: Balz/Landfermann, 1995, S. 93.

¹⁵¹¹ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 4.

¹⁵¹² Ebd.; Beck, KSI 2008, S. 245.

Jahr vor der Insolvenzantragstellung eingetreten ist und diese Anträge durchweg mit Zahlungsunfähigkeit begründet worden waren¹⁵¹³.

Die Phasen zwischen einer eingetretenen Überschuldung nach § 19 InsO und einer sich daran anschließenden drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO können aber umso kürzer werden, je kurzfristiger ein Unternehmen finanziert ist¹⁵¹⁴. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine fristeninkongruente Finanzierung vorliegt, d.h. dass langfristige Vermögenswerte des Anlagevermögens mit kurzfristig fällig werdenden Darlehen kreditiert wurden. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen beispielsweise einem konzernverbundenen und von Liquiditätshilfen des Mutterkonzerns abhängigen Unternehmen ohne Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag, Patronatserklärung etc., quasi über Nacht die Liquidität entzogen wird, weil es sich als Verlustbringer herausstellt. Dagegen kann ein bereits überschuldetes Unternehmen - dies entspricht nach der Erfahrung des Verfassers der gängigen Praxis - durch geschicktes Taktieren, beispielsweise über ausgehandelte Moratorien, Zahlungsaufschübe und Stundun-

¹⁵¹³ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹⁵¹⁴ Wolf/Schlagheck, 2007, S. 5.

gen in Verbindung mit die Überschuldung heilenden Verzicht- und Rangrücktrittserklärungen, finanziell noch über einen bestimmten Zeitraum fortgeführt werden. Aus den bereits geschilderten Gründen führt aber gerade diese Verfahrensweise zu einem unkalkulierbaren Risiko für die Gläubiger¹⁵¹⁵.

Das enge Beziehungsgeflecht zwischen den Insolvenztatbeständen der Überschuldung nach § 19 InsO und der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO ist unstrittig, jedoch wird die Überschuldung in aller Regel der am weitesten vorgelagerte Gefährdungstatbestand sein¹⁵¹⁶. Insofern kann eine gläubigerschützende Insolvenzprophylaxe nur von dem Insolvenzauslösetatbestand der Überschuldung gemäß § 19 InsO erhofft werden¹⁵¹⁷. Gleichwohl vollzieht sich indes in der Rechtswirklichkeit des Anwendungsbereichs des § 19 InsO geradezu paradigmatisch der Wechsel vom präventiven Handeln hin zum repressiven Verfolgen.

¹⁵¹⁵ Ebd.; Eckert/Happe, ZInsO 2008, S. 1098 f.

¹⁵¹⁶ Drukarczyk, ZGR 1979, S. 553.

¹⁵¹⁷ Gischer/Hommel, BB 2003, S. 947.

IV. Die repressive Anwendung des § 19 InsO in der Praxis

Die in der Praxis beobachtbare vornehmlich auf Haftung und Sanktion gerichtete Anwendung des § 19 InsO leitet sich überwiegend aus dem negativen Insolvenzantragsverhalten organschaftlicher Vertreter und den damit im Zusammenhang stehenden Gesetzesverstößen ab. Gerade die Vielzahl an gesellschafts-, steuer- und insolvenzrechtlichen Pflichten, die organschaftliche Vertreter im Rahmen einer Krise zu befolgen haben, bergen insbesondere bei Missachtung erhebliche Haftungsgefahren.

1. Die Pflichtverletzungen organschaftlicher Vertreter als Ausgangspunkt

In der Krise eines Unternehmens setzen sich die organschaftlichen Vertreter besonderen Haftungsrisiken aus¹⁵¹⁸, gerade vor dem Hintergrund diverser gesellschafts-, steuer- und insolvenzrechtlicher Vorschriften sowie aktueller und zum Teil sehr widersprüchlicher Rechtsprechung. Einerseits stehen sie bei-

¹⁵¹⁸ Bauer, 2008, S. 141 f.

spielsweise mit Eintritt der Insolvenzreife in der Verpflichtung, innerhalb der Drei - Wochen - Frist Sanierungschancen zu nutzen, wenn diese aussichtsreich und begründet sind¹⁵¹⁹; erscheinen die ergriffenen Sanierungsmaßnahmen jedoch aussichtslos, so ist umgehend Insolvenzantrag zu stellen¹⁵²⁰. Andererseits dürfen aber organschaftliche Vertreter gemäß § 64 S. 1 GmbHG während dieser drei Wochen keine Zahlungen mehr an Dritte leisten. Das Ergreifen von Sanierungsmaßnahmen könnte so dem Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 GmbHG entgegenstehen. Einzige Ausnahme von der Regel sind nach § 64 S. 2 GmbHG alle jene Zahlungen, die, zeitlich begrenzt, mit dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Neben der Problematik erlaubter bzw. nicht erlaubter Zahlungen haften organschaftliche Vertreter in der Krise eines Unternehmens regelmäßig auch für Verstöße, die im Zusammenhang mit den Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns, den Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften sowie den existenzvernichtenden Eingriffen von Gesellschaftern stehen¹⁵²¹. Ist eine Insolvenz unvermeidlich, werden der künftige Insolvenzverwalter

¹⁵¹⁹ Goette, DStR 2001, S. 1537.

¹⁵²⁰ Ebd.

¹⁵²¹ Bauer, 2008, S 127.

und/oder die Gerichtsbarkeit hieraus aussichtsreiche zivil- und strafrechtliche Haftungsansprüche¹⁵²² gegen die organschaftlichen Vertreter ableiten. Außerdem werden auch die Gläubiger des insolventen Unternehmens versuchen, direkt die organschaftlichen Vertreter in Anspruch zu nehmen, da naturgemäß Ansprüche gegen ein insolventes Unternehmen nicht mehr durchsetzbar sind. Das „Damoklesschwert“ der Haftung ist mithin allgegenwärtig.

Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens bildet das Ergebnis einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO häufig den Ausgangspunkt für die Verfolgung der vorbezeichneten Haftungsansprüche gegenüber organschaftlichen Vertretern. In einer retrospektiven Betrachtung wird demzufolge der frühest mögliche Eintritt der insolvenzrechtlichen Überschuldung bzw. der Insolvenzreife zu ermitteln versucht. Diese Art der Anwendung wirkt repressiv und lässt die Haftungs- und Sanktionsmechanismen gegenüber den organschaftlichen Vertretern virulent werden. Die reaktive Abfolge gibt einen gezielten Hinweis auf den bisherigen Geltungs- und Anwendungsbereich des § 19 InsO in der Praxis. Er steht mithin im

¹⁵²² Nickert/Lamberti, 2007, S. 97.

Gegensatz zu dem hier geforderten präventiven Ansatz. Inso- weit erscheint es systemnotwendig, den Blick der Untersu- chung auf den Ausgangspunkt bzw. auf die Motivlage für die in der Praxis primär auf Haftung und Sanktion gerichtete Anwen- dung des § 19 InsO zu richten. Die Ursache dafür scheint, gerade vor dem Hintergrund einer oftmals längst eingetrete- nen Überschuldung¹⁵²³, in dem negativen Insolvenzantrags- verhalten¹⁵²⁴ organschaftlicher Vertreter und den damit ver- bundenen Gesetzesverstößen zu liegen¹⁵²⁵. Die Frage, ob es sich bei einer eingetretenen Überschuldung bereits um eine insolvenzrechtliche Überschuldung im Sinne des § 19 InsO oder aber „erst“ um eine bilanzielle Überschuldung handelt, ist jedoch gerade im Hinblick auf den noch verbleibenden Hand- lungsspielraum für einzuleitende Gegenmaßnahmen von zent- raler Bedeutung. Eine unmissverständliche Antwort hierauf dürfte allerdings vielen organschaftlichen Vertretern Schwie- rigkeiten bereiten, da diese den Unterschied zwischen beiden Sachlagen kaum kennen dürften und somit bewusst oder un- bewusst der Tatbestand der Überschuldung nach § 19 InsO in der Praxis nicht oder viel zu spät erkannt wird. Der damit ein-

¹⁵²³ Kirchstein, ZInsO 2006, S. 966 ff.

¹⁵²⁴ Wellensiek, BB 2003, S. 1.

¹⁵²⁵ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

hergehende Verstoß gegen eine Vielzahl von insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzvorschriften scheint insoweit die nachträgliche Verfolgung von zivil- und strafrechtlichen Haftungstatbeständen mithilfe der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO zu rechtfertigen.

2. Das negative Insolvenzantragsverhalten organ-schaftlicher Vertreter

Die Verhaltenscharakteristik insolvenzantragspflichtiger organschaftlicher Vertreter ergibt angesichts diverser durchgeführter Langzeitstudien und vorliegender Befunde¹⁵²⁶ in der Regel ein klares Bild: Der offene und nachhaltige Rechtsbruch ist eher die Regel und weniger die Ausnahme¹⁵²⁷.

¹⁵²⁶ Kirstein, ZInsO 2006, S. 966 ff.; Studie des ZIS Mannheim und von Euler-Hermes, www.eulerhermes.com/ger/ger/press/aktuell_analysenhtml; Studie Creditreform unter: www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index; Weyand/Diversity, 2006, S. 22 ff.; Beck, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2004, S. 339 ff.; Meyer, GmbHR 2002, S. 177 ff.; Richter, GmbHR 1984, S. 113 ff.

¹⁵²⁷ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

2.1. Feststellungen zum Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz

Durchgeführte Langzeitstudien zum Thema organschaftliches Antragsverhalten bei Kapitalgesellschaften führten zu einem klaren Ergebnis: Ungeachtet der Tatsache, dass die materielle Insolvenz eines Unternehmens mehr als zehn Monate vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens eintrat¹⁵²⁸, wirtschafteten organschaftliche Vertreter so lange weiter und hielten den Geschäftsbetrieb aufrecht, bis auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft waren und das Eigenkapital vollständig verbraucht war. Gläubiger, die in dieser Zeit Druck auf das finanziell angeschlagene Unternehmen ausübten, wurden erstrangig bedient, wohingegen all jene Gläubiger, die keinen massiven Forderungseinzug betrieben, leer ausgingen¹⁵²⁹. Die organschaftliche Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung wird häufig als „ultima ratio“ angesehen, mit der Folge, dass die Anträge erst zu einem Zeitpunkt gestellt werden, wenn die Insolvenz unabwendbar geworden ist¹⁵³⁰. Begründet werden die in der Folge verspätet gestellten Insolvenzanträge von

¹⁵²⁸ Kirstein, ZInsO 2006, S. 966 ff.

¹⁵²⁹ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹⁵³⁰ Steffan, WPg-Sonderheft 2003, S. 149.

Seiten der organschaftlichen Vertreter durchgängig mit einer irreversiblen Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO oder einer drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, obwohl seit geraumer Zeit eine insolvenzrechtliche Überschuldung gemäß § 19 InsO bereits vorlag. Somit hätte schon eine Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt bestanden, allerdings hat erst die reale Liquiditätssituation eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit mit den daraus resultierenden verfahrensrechtlichen Verpflichtungen offenbart¹⁵³¹.

Sieht man einmal von der Zahlungsunfähigkeit als dem in der Praxis zentral auslösenden Element der Insolvenzantragstellung ab¹⁵³², tritt die vorbezeichnete Pflicht bereits dann ein, wenn das Eigenkapital durch Verluste aufgezehrt ist und der „erste Euro“ zum Ungleichgewicht zwischen Vermögen und Schulden führt. Zu diesem Zeitpunkt sind die gläubigerseitigen Forderungen durch zu Fortführungswerten evaluiertes Vermögen in der Größenordnung 100% ./ 1,- Euro gedeckt. Dies hat zur Konsequenz, dass Aktiva und Passiva in keinem Gleich-

¹⁵³¹ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1065.

¹⁵³² Poertzen, ZInsO 2009, S. 404.

gewicht mehr zueinander stehen¹⁵³³. Würde nun - in einer rein hypothetischen Betrachtung - zu diesem Zeitpunkt ein Insolvenzantrag aufgrund eingetretener Überschuldung nach § 19 InsO gestellt werden, müssten sich, unter Außerachtlassung etwaiger stiller Reserven, in der Überschuldungsbilanz Vermögenswerte widerspiegeln, deren Buchwerte die Verbindlichkeiten um nur einen Euro unterschreiten. Für die Gläubiger hätte dies theoretisch eine nur geringfügig unter 100% liegende Quote zur Folge. Die beschriebene Überschuldungssituation ist, obgleich an dieser Stelle nur hypothetisch skizziert, das früheste Stadium des Übergangs von einer bilanziellen Unterdeckung zu einer bilanziellen Überschuldung. An diesem Ereigniszeitpunkt kann, muss aber nicht zwangsläufig eine Insolvenzantragspflicht nach § 19 InsO mit all ihren Implikationen erwachsen sein. Eine bilanzielle Überschuldung führt nur dann nicht zur Insolvenzantragspflicht, wenn die organschaftlichen Vertreter nachweisen können, dass das betroffene Unternehmen über ausreichend stille Reserven verfügt, um die bilanzielle Überschuldungssituation zu heilen¹⁵³⁴ - nach der Modifikation des Überschuldungsbegriffs als Ausfluss der in 2008 eingetretenen Finanzmarktkrise genügt hierfür allerdings

¹⁵³³ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1078.

¹⁵³⁴ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1079; Gischer/Hommel, BB 2003, S. 949.

schon eine positive Fortbestehensprognose¹⁵³⁵. Dies ist aber eher die Ausnahme von der Regel¹⁵³⁶. Vielmehr ist bei einer Vielzahl von Kapitalgesellschaften festzustellen, dass das Eigenkapital häufig schon seit Jahren „auf der falschen Seite“¹⁵³⁷ der Bilanz steht. Gewissheit, ob und inwieweit zu diesem frühen Zeitpunkt tatsächlich schon eine insolvenzrechtliche Überschuldungssituation vorliegt und demzufolge eine Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO besteht, verschafft hier nur die zeitnahe Anwendung einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung gemäß § 19 InsO¹⁵³⁸. Führt dieselbe nun zu dem Ergebnis, dass das Unternehmen insolvenzrechtlich überschuldet und somit insolvenzreif ist - und hierbei spielt es keine Rolle, ob organschaftliche Kenntnis darüber bestand -, beginnen von diesem Zeitpunkt an die gegen die organschaftlichen Vertreter gerichteten zivil- und strafrechtlichen Haftungsmechanismen zu greifen¹⁵³⁹.

¹⁵³⁵ Dazu näher oben: E. III. 2.3.5. (Überschuldung nach § 19 InsO).

¹⁵³⁶ Haarmeyer/Beck, ZInsO 2007, S. 1079.

¹⁵³⁷ Aktivischer Ausweis des Postens „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“.

¹⁵³⁸ Lutter, ZIP 1999, S. 643.

¹⁵³⁹ Pape, ZInsO 2007, S. 1080; Haarmeyer/Suvacarevic, ZInsO 2006, S. 953 ff.

2.2. Der Pflichtenkatalog des § 64 GmbHG

Zum Zeitpunkt der Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung bzw. der Insolvenzreife des betroffenen Unternehmens sind die organschaftlichen Vertreter, wie bereits erwähnt, nach § 15a Abs. 1 InsO verpflichtet, spätestens aber innerhalb einer Frist von drei Wochen, Insolvenzantrag zu stellen. Allerdings besteht für die organschaftlichen Vertreter aber auch die Verpflichtung, innerhalb dieser Frist aussichtsreiche Sanierungsbemühungen gewissenhaft zu prüfen und dementsprechend wahrzunehmen¹⁵⁴⁰. Die Nichtbeachtung dieses Pflichtenkatalogs birgt nach § 64 GmbHG für die organschaftlichen Vertreter ein erhebliches Haftungspotenzial. Stellen organschaftliche Vertreter den Insolvenzantrag zu früh, verstoßen sie unter Umständen gegen ihre Sanierungspflicht, schöpfen sie hingegen den gesetzlich vorgegebenen Rahmen von drei Wochen zu lange aus, obgleich keine erfolgversprechenden Sanierungschancen mehr bestehen, verstoßen sie gegen ihre Insolvenzantragspflicht¹⁵⁴¹.

¹⁵⁴⁰ BGHZ 75, 96.

¹⁵⁴¹ Weber/Brügel, DB 2004, S. 1924; BGHZ 75, 96.

2.2.1. Das Zahlungsverbot gemäß § 64 GmbHG

Die Regelungen des § 64 GmbHG besagen, dass die organ-schaftlichen Vertreter einer Gesellschaft zum Ersatz von Zah-lungen verpflichtet sind, die nach Eintritt der Zahlungsunfähig-keit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschul-dung geleistet werden. Die Verpflichtung trifft organschaftliche Vertreter auch für Zahlungen an Gesellschafter, sofern diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Dieses Zahlungsverbot gilt allerdings nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Mit der Fest-stellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO oder dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO besteht von Seiten der organschaftlichen Vertreter eine Massesicherungspflicht gemäß § 64 GmbHG, d.h. die organ-schaftlichen Vertreter unterliegen einem umfassenden Zah-lungsverbot. Die Norm des § 64 GmbHG regelt demgemäß die Haftung organschaftlicher Vertreter wegen Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung geleistet werden.

Der Wortlaut des § 64 S. 1 GmbHG begründet einen Anspruch eigener Art¹⁵⁴² der Gesellschaft gegen den organschaftlichen Vertreter. Das hierin zum Ausdruck kommende Zahlungsverbot dient bei entstandener Insolvenzreife dazu, die mutmaßlich spätere Insolvenzmasse ungeschmälert den Gläubigern des Unternehmens zu erhalten, d.h. der originäre Zweck dieser Vorschrift liegt in der Vermögenssicherung der insolvenzreifen Gesellschaft unter Beachtung einer gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger ohne eine bevorzugte Befriedigung Einzelner¹⁵⁴³. Umstritten ist bei der Auslegung des Begriffs des Zahlungsverbots jedoch, ob unter dem Begriff der Zahlung nur bare und unbare Geldleistungen oder auch Leistungen, wie beispielsweise die Erbringung von Dienstleistungen, die Gewährung von Sicherheiten oder das Eingehen von quotenschmälernden Verbindlichkeiten fallen¹⁵⁴⁴. Unstreitig sind jedenfalls alle Leistungen von Geld aus einem Barbestand, einem Kontokorrentguthaben oder einem für die Gesellschaft geführten Treuhandkonto erfasst¹⁵⁴⁵. Gleiches gilt auch für die Hingabe von Schecks oder Wechseln. Auch bei

¹⁵⁴² Goette, in: Haarmeyer/Hirte/Kirchhof/Graf von Westphalen (Hrsg.), FS Kreft, 2004, S. 53.

¹⁵⁴³ BGHZ 143, 184.

¹⁵⁴⁴ Roth/Altmeyen, 2005, § 64 GmbHG, Rn. 42.

¹⁵⁴⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.1998 - 6 U 199/97, ZIP 1998, S. 2101.

Lieferungen von Sachen und Übertragungen von Rechten handelt es sich um „Zahlungen“¹⁵⁴⁶. Bei kreditorisch geführten Konten dürfen zudem keine Geldtransfers mehr veranlasst werden, und die Einziehungsermächtigungsverfahren sind zu widerrufen¹⁵⁴⁷.

Nach dem Wortlaut des § 64 S. 2 GmbHG unterliegen Zahlungen nicht dem Zahlungsverbot, soweit sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes vereinbar sind. Dies trifft insbesondere in folgenden Fällen zu:

- Zahlungen, die nicht zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse führen. Hierunter fallen beispielsweise die Herausgabe von Aussonderungsgegenständen oder Zahlungen an absonderungsberechtigte Gläubiger bis zur Höhe des Werts des Sicherungsguts¹⁵⁴⁸.
- Zahlungen, durch die größere Nachteile für die Insolvenzmasse abgewendet werden. Hierunter fallen alle Zahlungen, die zur Aufrechterhaltung des Betriebs er-

¹⁵⁴⁶ Runkel, 2008, § 2, Rn. 69.

¹⁵⁴⁷ BGH, Urteil vom 29.05.2008 - IX ZR 42/07, BB 2008, S. 1755.

¹⁵⁴⁸ Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 81.

forderlich sind, wie beispielsweise Gas, Strom, Wasser etc.¹⁵⁴⁹, ferner Zahlungen von Mieten, Leasingraten und Löhnen, soweit sie eine sofortige Stilllegung des Betriebs verhindern sollen, um so Sanierungsmaßnahmen innerhalb der Drei - Wochen - Frist ausloten zu können¹⁵⁵⁰.

- Zahlungen, denen eine vollwertige Gegenleistung gegenüber steht. Hierbei geht es um die Erfüllung vorteilhafter gegenseitiger Austauschverträge¹⁵⁵¹.

Nach dem Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG sind Zahlungen des organschaftlichen Vertreters ebenfalls verboten, wenn durch diese die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt wird. Im Vergleich zu § 64 S. 1 GmbHG verlagert diese Norm den Zeitpunkt des Zahlungsverbots nach vorne, d.h. der organschaftliche Vertreter kann schon zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet werden, die bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erfolgt sind. Insoweit werden im Haftungskontext alle Zahlungen erfasst, die kausal für den

¹⁵⁴⁹ BGH, Urteil vom 05.11.2007 - II ZR 262/06, NZI 2008, S. 126.

¹⁵⁵⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.06.1999 - 6 U 65/97, LSK 2000, 030056 (Ls.).

¹⁵⁵¹ Weber/Brügel, DB 2004, S. 1924.

Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gewesen sind. Da diese Norm nicht direkt auf eine bereits bestehende und sich weiter vertiefende Zahlungsunfähigkeit rekurriert, vielmehr prohibitiv dieselbe zu verhindern versucht, dient sie letztlich der Insolvenzprophylaxe.

2.2.2. Zahlungsverbot vs. Zahlungsverpflichtung

Gerade im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Zahlungsverbot gemäß § 64 S. 1 GmbHG besteht oder ob Zahlungen nach § 64 S. 2 GmbHG privilegiert sind, haben organschaftliche Vertreter in der Krise ihres Unternehmens ein besonderes Augenmerk auf ihr Zahlungsverhalten gegenüber Sozialversicherungsträgern und Finanzbehörden zu legen. Die Problematik liegt in den Normenkollisionen zwischen Zahlungsverboten einerseits bei gleichzeitigen Zahlungsverpflichtungen andererseits¹⁵⁵². Erschwerend kommt hinzu, dass dieser Problemkreis regelmäßig immer wieder neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung durch BGH und BFH unterliegt und so ein pflichtenkollisionsfreies Verhalten der organschaftlichen Vertreter nahezu unmöglich erscheint.

¹⁵⁵² Schmidt/Uhlenbruck, 2003, S. 997.

Einerseits müssen die organschaftlichen Vertreter in der Krise des Unternehmens dafür Sorge tragen, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, um die fälligen Sozialversicherungsabgaben und Lohnsteuersteuerzahlungen vollumfänglich leisten zu können. Die noch verbliebenen Steuerverbindlichkeiten sind in demselben Verhältnis wie die übrigen Gesellschaftsverbindlichkeiten zu bedienen. Ein organschaftlicher Vertreter macht sich gemäß § 266a StGB strafbar und nach § 823 BGB gegenüber den Sozialversicherungsträgern Schadensersatzpflichtig, wenn er die treuhänderisch einbehaltenen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht fristgemäß abführt. Ebenso ist die Nichterklärung bzw. Nichtanmeldung von Steuern nach § 370 AO ein gesetzeswidriger Vorgang. Zudem können organschaftliche Vertreter gemäß § 69 AO von der Finanzverwaltung für rückständige Steuern der Gesellschaft persönlich in Anspruch genommen werden¹⁵⁵³. Andererseits dürfen aber organschaftliche Vertreter mit Eintritt der Insolvenzreife gemäß § 64 S. 1 GmbHG keine Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen mehr leisten. Kommen sie diesem Gebot nicht nach, sind sie in Anwendung dieser Rechtsnorm der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz ver-

¹⁵⁵³ Fölsing, KStJ 2007, S. 227 f.

pflichtet. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Zahlungen eine unzulässige Gläubigerbegünstigung nach § 283c StGB darstellen, die dann unzulässig und strafbar ist, wenn die organschaftlichen Vertreter in Kenntnis der gesellschaftsseitigen Insolvenzreife einen Gläubiger durch Zahlung befriedigen und diesen dadurch absichtlich und wissentlich vor den restlichen Gläubigern begünstigen¹⁵⁵⁴.

Das strikte Zahlungsgebot in Bezug auf fällige Sozialversicherungsabgaben und Lohnsteuern blieb, zumindest bis zum 14.05.2007, von der gesellschaftsrechtlichen Erstattungspflicht unberührt¹⁵⁵⁵. Dies bedeutete, dass ein organschaftlicher Vertreter durch öffentlich - rechtlich gebotene und gegebenenfalls bei Verstoß strafrechtlich bewehrte Zahlungen an Sozialversicherungsträger und Finanzämter unweigerlich in die Haftung wegen des Verstoßes gegen das gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbot geriet¹⁵⁵⁶. Dieses Dilemma der „Haftungszwickmühle“ hat dazu geführt, dass zur vorbezeichneten Problematik im Sinne einer klaren Regelung in der jüngeren Vergan-

¹⁵⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵⁵ BGH, Urteil vom 18.04.2005 - II ZR 61/03, DStR 2005, S. 978, ZIP 2005, S. 1026; BGH, Urteil vom 08.01.2001 - II ZR 88/99, ZIP 2001, S. 235 ff.; Köhler, in: Beck/Depré (Hrsg.), 2003, § 24, Rn. 167 ff.

¹⁵⁵⁶ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, S. 998.

genheit richtungweisende Entscheidungen durch den BGH und den BFH getroffen wurden. Mit seinem Urteil vom 14.05.2007 löste der BGH die Pflichtenkollision von organschaftlichen Vertretern¹⁵⁵⁷. Demnach handelt ein organschaftlicher Vertreter, der bei Insolvenzreife der Gesellschaft den sozialrechtlichen Normbefehlen folgend Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abführt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes und ist insoweit nicht der Gesellschaft gegenüber erstattungspflichtig. Daraus folgt, dass die Massesicherungspflicht gemäß § 64 S. 1 GmbHG für den organschaftlichen Vertreter entfällt, sofern er sich durch ihre Beachtung strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. Mit seiner Entscheidung vom 27.02.2007 löste auch der BFH die Pflichtenkollision von organschaftlichen Vertretern in der Krise ihrer Gesellschaft¹⁵⁵⁸ und urteilte, dass diese den steuerrechtlichen Normbefehlen zu folgen haben und die abzuführende Lohnsteuer auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz abgeführt werden muss. Auch in diesem Fall ist der organschaftliche Vertreter gegenüber der Gesellschaft nicht erstattungspflichtig. Insoweit befindet sich der BFH mit

¹⁵⁵⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06, NJW 2007, S. 2118; BGH, Urteil vom 02.06.2008 - II ZR 27/07, NZG 2008, S. 628; Arends/Möller, GmbHR 2008, S. 169 ff.; Streit/Bürk, DB 2008, S. 742 ff.

¹⁵⁵⁸ BFH, Urteil vom 27.02.2007 - VII R 67/05, BB 2007, S. 1711.

seinem Urteil auf einer Linie mit Entscheidungen des BGH¹⁵⁵⁹. Dies hat zur Folge, dass ein organschaftlicher Vertreter, will er die Strafbarkeit nach § 266a StGB und eine Schadensersatzpflicht wegen Verletzung dieser Bestimmungen bzw. eine Haftung nach §§ 69, 34 AO vermeiden, die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung sowie die Lohnsteuer abzuführen hat, selbst dann, wenn keine Löhne mehr bezahlt werden können¹⁵⁶⁰. Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang allerdings, ob und inwieweit die Nichtzahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und Steuern zumindest innerhalb der Drei - Wochen - Frist zur Insolvenzantragstellung nach Erkennbarkeit der Insolvenzreife suspendiert und mithin straffrei sei. Dies wurde jedoch vom 5. Strafsenat des BGH und vom 7. Senat des BFH in ihren Urteilen zur Pflichtenkollision¹⁵⁶¹ zwischen zwingenden Vorschriften verneint¹⁵⁶² mit der Begründung, dass eine Pflichtenkollision innerhalb der Drei - Wochen - Frist nicht erkennbar und somit eine Privilegierung unbe-

¹⁵⁵⁹ BGH, Urteil vom 30.07.2003 - 5 StR 221/03, NZI 2004, S. 48; BGH, Urteil vom 09.08.2005 - 5 StR 67/05, NZG 2005, S.892.

¹⁵⁶⁰ Schmidt/Uhlenbruck, 2003, S. 998.

¹⁵⁶¹ BFH, Urteil vom 04.07.2007 - VII B 268/06, LSK 2007, 470208 (Ls.); BFH, Urteil vom 04.12.2007 - VII R 18/06, LSK 2008, 150218 (Ls.); Beck, ZInsO 2007, S. 1233 ff.; Streit/Bürk, DB 2008, S. 742 ff.; BGH, Urteil vom 09.08.2005 - 5 StR 67/05, NZG 2005, S.892.

¹⁵⁶² BFH, Urteil vom 23.09.2008 - VII R 27/07, ZIP 2009, S. 122.

gründet ist, wenn die Zahlungspflicht Vorrang hat¹⁵⁶³. Mit seiner weiteren Entscheidung vom 25.01.2011 konkretisierte der BGH nachmals die Frage der Privilegierung von Zahlungen. Demnach haftet ein organschaftlicher Vertreter nicht im Sinne des § 64 S. 2 GmbHG, wenn nach Eintritt der Insolvenzreife rückständige Umsatz- und Lohnsteuern des Finanzamts sowie Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abgeführt werden. Das Haftungsprivileg bezieht sich jedoch nicht auf die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung. Leistet der organschaftliche Vertreter auf derlei Rückstände, ist er erstattungspflichtig¹⁵⁶⁴.

3. Persönliche Haftung des organschaftlichen Vertreters als Folge des negativen Insolvenzantragsverhaltens

Zum Zeitpunkt der Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung bzw. der Insolvenzreife des betroffenen Unternehmens sind die organschaftlichen Vertreter, wie bereits erwähnt¹⁵⁶⁵, nach § 15a Abs. 1 InsO verpflichtet, spätestens

¹⁵⁶³

Ebd.

¹⁵⁶⁴

BGH, Urteil vom 25.01.2011 - II ZR 196/09, WM 2011, S. 406.

¹⁵⁶⁵

Dazu näher oben: E. III. 3. (Die Phase der Insolvenzantragspflicht und deren Einflussgrößen).

aber innerhalb einer Frist von drei Wochen, Insolvenzantrag zu stellen. Wird gegen diese Pflicht verstoßen, so sind die organschaftlichen Vertreter den außenstehenden Gläubigern gemäß § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Die Norm des § 15a InsO ist demgemäß ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu Gunsten der Gläubiger und kann bei Verletzung desselben eine so genannte Insolvenzverschleppungshaftung auslösen¹⁵⁶⁶. Die hierzu ergangene Rechtsprechung vertritt dabei die Auffassung, dass der Normzweck der Insolvenzantragspflicht darin besteht, insolvenzreife juristische Personen, bei denen keine natürliche Person haftet, vom Markt fernzuhalten¹⁵⁶⁷. Im Rahmen der Haftungsproblematik für organschaftliche Vertreter ist allerdings zwischen der Haftung gegenüber der Gesellschaft und der Haftung gegenüber Dritten zu unterscheiden. Die Haftung gegenüber der Gesellschaft wird in § 64 S. 1 GmbHG geregelt.

3.1. Haftung gegenüber der Gesellschaft

Eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung gegenüber der Gesellschaft im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG wird für organ-

¹⁵⁶⁶ BGHZ 138, 211; BGHZ 126, 181.

¹⁵⁶⁷ BGHZ 126, 181.

schaftliche Vertreter dann virulent, wenn sie verbotene Zahlungen nach Insolvenzzreife aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet haben. Die Haftungsinanspruchnahme setzt hierbei die schuldhafte Verletzung der Antragspflicht voraus, wobei Fahrlässigkeit jedoch ausreicht¹⁵⁶⁸. Die Rechtsprechung verlangt von einem pflichtgemäß handelnden gesetzlichen Vertreter, dass dieser sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert¹⁵⁶⁹. Er verletzt seine Sorgfaltspflicht, „wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die für die Insolvenzantragspflicht erforderlichen Kenntnisse verschafft“¹⁵⁷⁰. Auf die positive Feststellung der insolvenzrechtlichen Überschuldung - in diesem Urteil nahm der BGH Bezug auf den Tatbestand der Überschuldung - komme es hierbei aber nicht an¹⁵⁷¹, vielmehr genüge die Erkennbarkeit derselben. Die Beweislast für fehlende Erkennbarkeit trifft den organschaftlichen Vertreter. Im Falle einer verspäteten Insolvenzantragstellung wird von Seiten der Rechtsprechung vermutet, dass schuldhaftes Handeln vorlag. Die Vermutung impliziert, dass die organschaftlichen Vertreter nicht mit der gefor-

¹⁵⁶⁸ BGH, Urteil vom 06.06.1994 - II ZR 292/91, GmbHR 1994, S. 539 ff., ZIP 1994, S. 1103 ff.; BGHZ 143, 184; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 97.

¹⁵⁶⁹ BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/07, NJW 2007, S. 2118.

¹⁵⁷⁰ Ebd.

¹⁵⁷¹ BGH, Urteil vom 29.11.1999 - II ZR 273/98, ZIP 2000, S. 184 ff.

dernten und notwendigen Sorgfalt ihren Insolvenzantragspflichten nachgekommen sind¹⁵⁷².

Im Rahmen von Schadensersatzklagen wegen Insolvenzverschleppung haben Insolvenzverwalter zu belegen, dass, bezogen auf den Tatbestand der Überschuldung, das betroffene Unternehmen insolvenzrechtlich überschuldet war und verbotene Zahlungen gemäß § 64 S. 1 GmbHG nach Eintritt der Insolvenzreife aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet wurden¹⁵⁷³. Ein zentrales Element der Beweisführung ist hierbei das Instrumentarium der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO, welches in einer retrospektiven Betrachtung den genauen Zeitpunkt einer eingetretenen Überschuldung bestimmbar und damit die Haftungsansprüche durchsetzbar machen kann. Erstaunlicherweise kam es diesbezüglich aber gerade in der Vergangenheit häufig zu „forensischen Missverständnissen“, wenn der Insolvenzverwalter im Zuge von Schadensersatzklagen wegen Insolvenzverschleppung entsprechende Ansprüche auf die Überschuldung des betreffenden Unternehmens stützen wollte. Der BGH hat dazu in seinem Beschluss vom 05.11.2007 die Anforderungen an

¹⁵⁷² BGH, Urteil vom 08.01.2001 - II ZR 88/99, ZIP 2001, S. 235 ff.

¹⁵⁷³ Weber/Brügel, DB 2004, S. 1925.

die dem Insolvenzverwalter obliegende Darlegungs- und Beweislast konkretisiert und einige Grundsätzlichkeiten klargestellt¹⁵⁷⁴. Zudem präzisierte der BGH seine Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bzw. das Verschulden von Seiten der organschaftlichen Vertreter. Die Darlegungs- und Beweislast, dass die betroffene Gesellschaft zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlung bereits überschuldet war, liegt demnach grundsätzlich beim klagenden Insolvenzverwalter. Sie hat jedoch insofern eine Erleichterung erfahren, als das Erstellen einer Überschuldungsbilanz im Rahmen einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO nicht mehr zwangsnotwendig ist, wenn bereits aus der Handelsbilanz erkennbar ist, dass eine bilanzielle Überschuldung vorliegt und der Insolvenzverwalter hierzu die insolvenzrechtlich bedeutsamen Abweichungen vorträgt. Insoweit ist insbesondere ein Vortrag zu etwaigen stillen Reserven/Lasten auf der Aktiv- und Passivseite der Bilanz erforderlich sowie zu Verbindlichkeiten, die möglicherweise durch vorliegende Rangrücktrittserklärungen oder Forderungsverzichte außer Betracht gelassen werden können. Genügt der insolvenzverwalterseitige Vortrag diesen Anforderungen, kann die insolvenzrechtliche Über-

¹⁵⁷⁴ BGH, Urteil vom 05.11.2007 - II ZR 262/06, NZI 2008, S. 126.

schuldung auch aus einer Handelsbilanz abgeleitet werden. Ein Überschuldungsstatus, erstellt nach den Regularien des § 19 InsO, ist insofern nicht mehr von Nöten¹⁵⁷⁵. Zugleich hat der BGH all jene Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind und mit denen zugleich größere Nachteile für die nachmalige Insolvenzmasse abgewendet werden sollen, präzisiert. Insbesondere kommen hierbei Zahlungen für Strom-, Gas- und Heizrechnungen in Betracht, da ohne diese das Unternehmen im Zweifel sofort eingestellt werden müsste¹⁵⁷⁶. Den organschaftlichen Vertretern hingegen obliegt es nach der Rechtsprechung zu beweisen, dass eine Überschuldung zum streitgegenständlichen Zeitpunkt ausschied¹⁵⁷⁷. Ferner müssen sie darlegen, dass die aus dem Gesellschaftsvermögen geleisteten Zahlungen gemäß § 64 S. 2 GmbHG mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes vereinbar waren¹⁵⁷⁸. Eine Verletzung dieses Sorgfaltsmaßstabs wird allgemein, also auch außerhalb der Insolvenzreife, in § 43 Abs. 2 GmbHG geahndet. Demnach haften organschaftliche Vertreter gegenüber

¹⁵⁷⁵ Ebd.

¹⁵⁷⁶ Ebd.

¹⁵⁷⁷ OLG Koblenz, Urteil vom 27.02.2003 - 5 U 917/02, DB 2003, S. 712; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.02.1999 - 15 U 107/98, LSK 1999, 271261 (Ls.).

¹⁵⁷⁸ Weber/Brügel, DB 2004, S. 1925.

dem Unternehmen für Schäden, wenn sie kein geeignetes Controlling eingeführt haben, um die Krise frühzeitig zu erkennen oder nach Eintritt derselben erfolgversprechende Sanierungschancen ungenutzt blieben¹⁵⁷⁹. Letztlich gilt im Rahmen von Schadensersatzprozessen immer ein zu Gunsten des betroffenen Unternehmens beweis erleichternder Grundsatz, wonach ein organschaftliches Verschulden grundsätzlich vermutet wird¹⁵⁸⁰. Den organschaftlichen Vertretern wird insoweit immer der Gegenbeweis auferlegt, was das immanente Haftungspotenzial noch weiter steigert.

3.2. Haftung gegenüber Dritten

Eine Haftung der organschaftlichen Vertreter wegen Insolvenzverschleppung aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m.15a InsO besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. In Bezug auf Art und Umfang des Schadens ist zwischen den sogenannten Alt- und Neugläubigern zu unterscheiden. Altgläubiger sind Gläubiger, die bereits zum Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzantragspflicht Forderungen gegen das wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen hatten. Sie haben diesbe-

¹⁵⁷⁹ Weber/Brügel, DB 2004, S. 1924.

¹⁵⁸⁰ Roth/Altmeyden, 2005, § 64 GmbHG, Rn. 49.

zöglich einen Anspruch auf Ersatz des so genannten Quotenschadens. Der Quotenschaden quantifiziert das Delta zwischen der fiktiven Insolvenzquote, die sich bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung für die Altgläubiger ergeben hätte, und der tatsächlichen Insolvenzquote, die sich durch die organschaftliche Verzögerung der Antragstellung ergeben hat¹⁵⁸¹. Den vorbezeichneten Anspruch können die Altgläubiger jedoch nicht individuell geltend machen, da dieser nur durch den Insolvenzverwalter zur Masse zu ziehen ist¹⁵⁸². Hierbei handelt es sich folglich um einen Gesamtschaden im Sinne von § 92 InsO, dessen Durchsetzung lediglich dem Insolvenzverwalter obliegt.

Anders verhält es sich bei den so genannten Neugläubigern, deren Ansprüche erst nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzantragspflicht entstanden sind. Diese können gegen die organschaftlichen Vertreter Ersatz des vollen (Vertrauens-) Schadens verlangen, der ihnen dadurch entstanden ist, dass sie in Rechtsbeziehungen mit einem bereits insolventen Unternehmen getreten sind¹⁵⁸³. Der Gläubiger ist dabei so zu

¹⁵⁸¹ BGHZ 138, 211.

¹⁵⁸² Weber/Brügel, DB 2004, S. 1925.

¹⁵⁸³ BGH, Urteil vom 07.07.2003 - II ZR 241/02, NZG 2003, S. 923, ZIP 2003, S. 1713; BGH, Urteil vom 06.06.1994 - II ZR 292/91, GmbHR 1994, S. 539 ff., ZIP

stellen, als sei das Geschäft nicht abgeschlossen worden. Der Ersatzanspruch ist durch die Gläubiger selbst geltend zu machen und nicht durch den Insolvenzverwalter¹⁵⁸⁴. Zudem werden, und das zeigt die Praxis, Neugläubiger auch regelmäßig Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 BGB wegen Eingehungsbetrug prozessual durchzusetzen versuchen. Für die Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern kommt es dabei nicht auf den Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages an, vielmehr ist der Abschluss der Kreditgewährung respektive der Vorleistung durch den Gläubiger entscheidend¹⁵⁸⁵. Grundsätzlich ist bei der Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern immer der Zeitpunkt des entstandenen Anspruchs ausschlaggebend, vor oder nach Eintritt der Insolvenzreife. Die organschaftlichen Vertreter befinden sich dadurch zwangsläufig in einer Haftungszwickmühle. Versuchen sie das angeschlagene Unternehmen zu sanieren und legen die Krise nicht offen, laufen sie unter Umständen Gefahr, angesichts der vorbenannten Haftungstatbestände in Anspruch genommen zu werden. Kommunizieren sie hingegen die Krise

1994, S. 1103 ff.; BGH, Urteil vom 27.04.2009 - II ZR 253/07, DStR 2009, S. 1384.

¹⁵⁸⁴ BGH, Urteil vom 30.03.1998 - II ZR 146/96, DStR 1998, S. 651; OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.06.2002 - 19 U 150/01, ZIP 2002, S. 2001.

¹⁵⁸⁵ Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 1996, § 64 GmbHG, Rn. 92.

und bekennen sich zur gegenwärtigen Lage des Unternehmens, hat dieses als Folge dieser Politik möglicherweise mit dem Stigma der Insolvenz zu kämpfen. Dies wiederum kann bedeuten, dass bestehende und potenzielle Geschäftspartner ihr Geschäftsengagement aussetzen oder gar kündigen, was in letzter Konsequenz eine erfolgreiche Sanierung unmöglich macht. Als Folge hieraus könnte dann allerdings eine Haftung der organschaftlichen Vertreter gegenüber der Gesellschaft wegen Vereitelung der Sanierung in Betracht kommen¹⁵⁸⁶.

V. Die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung gemäß § 19 InsO als Instrument der Insolvenzprophylaxe

Die Ausführungen haben gezeigt, dass gerade in einer Zeit wirtschaftlicher, politischer und sozialer Umwälzungen, nicht zuletzt hervorgerufen durch die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise, ein Maximum an Aufmerksamkeit und Weitsicht bei der Unternehmensführung dringend geboten ist. Obgleich eine Vielzahl an handels- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen die organschaftlichen Vertreter dazu anhalten, den

¹⁵⁸⁶ Leibner, GmbHR 2002, S. 424 f.

hehren Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmanns einzuhalten und die ihnen obliegenden Selbstüberprüfungs- und Selbstinformationsverpflichtungen zu erfüllen, kommen sie diesem Erfordernis nur unzureichend nach. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Verpflichtungen durch unzureichende Sanktionsmechanismen und Rechtsfolgen in der Praxis kaum gelebt werden. Die Folgen dieser Missachtung lassen sich aus den aktuellen Insolvenzstatistiken und den Ergebnissen der damit im Zusammenhang stehenden Ursachenforschung herausdeuten: Insolvenzanträge werden von Seiten der organschaftlichen Vertreter zu spät gestellt, was ursächlich darauf zurückzuführen ist, dass Krisenverläufe überhaupt nicht oder viel zu spät erkannt werden. Obgleich der Tatbestand der Überschuldung im Kanon der Insolvenzantragsgründe der in aller Regel am weitesten vorgelagerte Gefährdungstatbestand einer Krise ist, wird in der Praxis vielfach die Ansicht vertreten, dass im Allgemeinen eine Insolvenz auf Illiquidität und nicht auf Überschuldung beruhe. Im Rahmen einer Krisenfeststellung seien mithin in erster Linie Aussagen über Zahlungsströme zu treffen und nicht solche über Erträge und Aufwendungen und schon gar nicht über Kennzahlen der Vermögens- und Kapitalsituation. Diese Verzerrung der insolvenzrechtlichen Realität dient von Seiten der organschaftlichen Vertreter

häufig als Alibifunktion für die Nichtbefassung mit einer Überschuldungslage. Die in der Literatur so sorgsam und extensiv gepflegte Betrachtung der Überschuldungssituation ist in der Realität eindeutig der Ausnahmefall. Das negative Verhaltensmuster organschaftlicher Vertreter bildet in der Praxis die Grundlage für die repressive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO durch Insolvenzverwalter und/oder Gerichtsbarkeit. In der Verfolgung der sich aus diesen gesetzeswidrigen Verhaltensschemata ergebenden Haftungsansprüche liegt der gegenwärtige Geltungsbereich der § 19 InsO in der Rechtswirklichkeit begründet.

Die Rechtfertigung, dass eine präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung der Ausgangszielsetzung einer Insolvenzprophylaxe erfolgreich Vorschub leisten kann, liegt in dem Informationsgehalt einer solchen Prüfungshandlung: eine quantifizierbare Aussage über die Schuldendeckungsfähigkeit des Unternehmens. Darüber hinaus ist gleichermaßen erkennbar, ob und inwieweit eine Krise droht bzw. bereits besteht. Dies wiederum deckt sich mit der Verpflichtung organschaftlicher Vertreter, sich ständig ein Bild über die Schuldendeckungsfähigkeit des Unternehmens zu machen. Der Effekt

der Insolvenzprophylaxe wird jedoch nicht allein durch die Vornahme einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO als Analogieprüfung determiniert. Viel entscheidender ist der Zeitpunkt einer solchen Prüfungshandlung, denn die Weichen für etwaig gebotene Sanierungsmaßnahmen können wirkungsvoll nur dann gestellt werden, wenn Krisensymptome rechtzeitig als solche identifiziert werden. Eine frühzeitig durchgeführte Überschuldungsprüfung unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten könnte so zeitnah das Vorliegen einer sich abzeichnenden Erfolgskrise bestimmen, um hierüber den Weg für eine erfolgreiche Sanierung zu ebnen. Für den Fall, dass eine Sanierung nicht mehr in Frage kommen sollte, bestünde dann immer noch die Möglichkeit einer zeitigen und geordneten Insolvenzantragstellung. Der letztgenannte Punkt soll zumindest gewährleisten, dass bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung noch ausreichend Vermögen vorhanden ist, um die bestehenden Verbindlichkeiten weitestgehend bedienen zu können. Dieses Wissen sollte bei organchaftlichen Vertretern eine Eigendynamik entwickeln, die, einem Automatismus gleich, in gewissen Zeitintervallen zu einer kontinuierlichen Anwendung einer Überschuldungsprüfung unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen einer Analogieprüfung führt.

F. Zusammenfassende Beurteilung

Liest und verfolgt man die diversen in der jüngeren Vergangenheit ergangenen Presseverlautbarungen und Stellungnahmen zum Thema Überschuldung im Allgemeinen und dem insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriff im Besonderen, drängt sich einem der Verdacht auf, dass ein wie auch immer geartetes Problembewusstsein zu diesem Thema gewollt in die Bedeutungslosigkeit geschrieben worden ist. Nach überwiegend herrschender Meinung seien die insolvenzrechtliche Überschuldung und der damit einhergehende Insolvenzantragsgrund mittlerweile obsolet. Dieser Meinungsstand verwundert doch stark angesichts der nach wie vor hohen Anzahl an Unternehmensinsolvenzen, insbesondere im Bereich mittelständischer Unternehmen. Obgleich bei einem Gutteil der betroffenen Unternehmen als Insolvenzantragsgrund die Zahlungsunfähigkeit angegeben worden ist, darf dies nicht darüber hinweg täuschen, dass einer Illiquidität in aller Regel eine Überschuldung vorausgeht. Dabei spielt es objektiv betrachtet keine Rolle, ob es sich um eine bilanzielle, rechnerische oder insolvenzrechtliche Überschuldung handelt; in allen Fällen vermag das Vermögen die Schulden nicht mehr zu decken,

m.a.W.: die Schuldendeckungsfähigkeit ist nicht mehr gegeben.

Die Erhaltung der Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens ist so gesehen der erste Schritt zur Insolvenzprophylaxe. Allerdings sind die normierten handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften aus vielerlei Gründen nur bedingt geeignet, die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens verlässlich zu überprüfen. Die Rechnungslegung war und ist komplexer Kern des Bilanzrechts und damit letztlich auch wesentliches Element des Unternehmens- oder Gesellschaftsrechts, durch das für unerlässlich erachtete kodifizierte Regelungen für einen geordneten wirtschaftlich-kaufmännischen Verkehr bereit gestellt werden sollen. Insbesondere das Bilanzrecht hat sich seit Inkrafttreten des Handelsgesetzbuches zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu einem umfangreichen und komplizierten Teilgebiet der Rechtsordnung entwickelt, das in den vergangenen 50 Jahren, nicht zuletzt durch den zunehmenden Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie die durch die Globalisierung der Märkte bedingte Internationalisierung, gravierenden Veränderungen unterworfen wurde. Beispielhaft für diesen Anpassungs- und Angleichungsprozess stehen die Aktienrechtsreform von 1965, das Bilanzrichtlinien-

gesetz von 1985, das Bilanzrechtsreformgesetz von 2004 sowie das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz von 2009. Mit diesen Adaptions- und Novellierungsschritten hat der deutsche Gesetzgeber gleichermaßen europäischen Harmonisierungsbestrebungen, weltweit veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten, Strukturen und Philosophien sowie durch höchstgerichtliche Rechtsprechung des EuGH, BGH und BFH entwickelten Grundsätzen Rechnung zu tragen versucht. Obwohl gerade mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz seitens des Gesetzgebers intendiert war, der zunehmenden Komplexität des Bilanzrechts durch Integration „mittelstandsfreundlicher Regelungen“ adäquat zu begegnen, bleibt festzustellen, dass ein den besonderen Gegebenheiten mittelständischer Unternehmen entsprechendes Regelwerk nach wie vor fehlt.

Die Komplexität des Bilanzrechts ist aber nicht nur dem steten Anpassungs- und Angleichungsprozess an internationale Normen geschuldet, vielmehr wird sie auch und gerade durch die Vielfalt der Anforderungen beeinflusst und determiniert, die an die formelle und materielle Ausgestaltung der Rechnungslegung gestellt werden. Die Vielfalt der Anforderungen sorgt dafür, dass der Gesetzgeber - quasi permanent - mit der Aufgabe konfrontiert wird, die Gemengenlage von Funktionen,

Adressaten und rechtlichen Ausgestaltungen bzw. Bilanzgrundsätzen „angemessen“ wiederzugeben, und dafür geeignete Regelungen zu kodifizieren hat. Je heterogener und konfliktärer die Informationsanforderungen an die Rechnungslegung jedoch sind, desto stärker wird der Gesetzgeber dazu tendieren, Konflikte und Informationsasymmetrien über ein multifunktionales Zielsystem zu lösen bzw. auszugleichen versuchen. Dieses Verhaltensschema beruht zweifelsohne auch in der begründeten Erkenntnis, dass eindimensionale Lösungsansätze, wie sie z.B. durch die statischen, dynamischen und organischen Bilanztheorien zur Verfügung gestellt werden, nicht mehr ausreichen, diesen divergierenden Anforderungen gerecht zu werden. So schlüssig ein multifunktionales Zwecksystem für die Rechnungslegung auch erscheinen mag, da eine Vielzahl unterschiedlicher Adressatengruppen mit als relevant erachteten Informationen bedient werden können, so sehr ist ein solches System zugleich problembehaftet, da die Verbreiterung der Informationsbasis nicht notwendigerweise mit einem qualitativen Mehr verbunden ist. Daraus folgt: Wer allen Informationsanforderungen zu entsprechen versucht, läuft Gefahr, jeder Gruppe etwas, aber keiner das zu geben, was an Informationen zur gesicherten Entscheidungsfindung benötigt wird. Die Entwicklung des Bilanzrechts, das auf stati-

schen, dynamischen, organischen und ansatzweise auch auf kapitaltheoretischen und zukunftsorientierten Konzepten basiert, verdeutlicht dies nachdrücklich. Insoweit erscheint es nicht überraschend, dass der Rechnungslegung im Schrifttum vielfach ein geringer Informationsgehalt beigemessen und im Rahmen der Antibilanzkonzeptionen vorgeschlagen wird, die traditionelle Rechnungslegung durch zahlungsstromorientierte Rechnungen zu ersetzen. Dies ist auch in der Einsicht begründet, dass lediglich Zahlungsgrößen eindeutig definiert und willkürfrei sind, wohingegen die traditionelle Rechnungslegung mit Erträgen/Aufwendungen, also periodisierten Größen, arbeitet und sowohl bei der Bilanzierung dem Grunde wie auch der Höhe nach zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, die, gewollt oder ungewollt, zu einer Verschleierung der Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage führen können. Die damit angesprochenen Probleme sowohl auf der Wert- wie auch der Gestaltungsebene werden zusätzlich noch durch die zeitliche Ausrichtung des Informationsprozesses verschärft: Rechnungslegung ist stets vergangenheitsbezogen, Informationen über ein gesichertes künftiges Fortbestehen als eigenständiges, marktfähiges organisatorisches Gebilde werden in aller Regel nicht oder allenfalls rudimentär zur Verfügung gestellt.

Obendrein hat sich die deutsche Rechnungslegung im Rahmen des vorskizzierten Entwicklungsprozesses zunehmend von einem primär dem Gläubigerschutz verpflichteten Reporting entfernt und verstärkt kapitalmarktorientiertes Erfolgsreporting fokussiert, was dem bilanzierenden Unternehmen diesbezüglich weitere, zum Teil erhebliche Gestaltungsspielräume gewährt. Dieser Paradigmenwechsel mag für ein gesundes kapitalmarktorientiertes, prüfungspflichtiges Unternehmen unproblematisch oder aus der Sicht der Anteilseigner sogar angemessen erscheinen, nicht jedoch für die in aller Regel eigentümergeführte, nicht kapitalmarktfähige und auch nicht prüfungspflichtige mittelständische GmbH, für die eine der Zahlungsunfähigkeit vorgelagerte Überschuldung ein nahezu permanent gegebenes existenzielles Risiko darstellt. Die Probleme des Vergangenheitsbezugs der Rechnungslegung und der auf der Wert- und Gestaltungsebene gegebenen Informationsrestriktionen werden gerade bei dieser Unternehmensgruppe durch den Wechsel von einer gläubigerschutz- zu einer investororientierten Rechnungslegung noch verstärkt. Die bilanzrechtlich bereits weitgehend vollzogene Abkehr vom strengen Gläubigerschutz korreliert zudem negativ mit dem zentralen konstitutiven Element der Rechtsform GmbH, d.h. dem aus dem Grundsatz der Sicherung von Kapitalaufbrin-

gung und Kapitalerhaltung folgenden Gläubigerschutzprinzip dieser Unternehmensrechtsform. Insoweit erscheint es konsequent und folgerichtig, gerade für die mittelständische GmbH eine Ergänzung der aktuellen Rechnungslegung durch eine permanente Schuldendeckungskontrolle, wie sie bereits durch die ältere Zerschlagungsstatik bzw. statische Interpretation der Bilanz gefordert wurde, vorzusehen und damit den organchaftlichen Vertreter der mittelständischen GmbH in die Lage zu versetzen, im Rahmen seiner Selbstinformationsverpflichtung den Bestand des Unternehmens zu sichern und die externen Gläubiger angemessen zu schützen. Schuldendeckungskontrolle setzt allerdings voraus, so sie denn aussagefähig sein soll, dass in analoger, wenn auch in gegebenenfalls modifizierter Anwendung der Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO mit Zahlungsgrößen gearbeitet und gerechnet wird.

Die präventive Anwendung der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Sinne einer Analogieprüfung ermöglicht dem organchaftlichen Vertreter zweierlei: In Abhängigkeit von der Frühzeitigkeit der Vornahme einer solchen Prüfungshandlung kann deren Informationsgehalt entweder insolvenzprophylaktisch im Sinne einer erfolgreichen außergerichtlichen Sanierung wirken oder aber zumindest den

Weg zu einer rechtzeitigen und geordneten Insolvenzantragstellung weisen. Die letztgenannte Variante der gerichtlichen Sanierung soll als ultima ratio verstanden werden, in welcher der Tatbestand der insolvenzrechtlichen Überschuldung gemäß § 19 InsO als der am weitesten vorgelagerte Gefährdungstatbestand - im direkten Vergleich zu den beiden anderen Insolvenzantragsgründen gemäß §§ 17, 18 InsO - die Funktion einer roten Ampel übernimmt, d.h. bildlich gesprochen überschreitet das betroffene Unternehmen beim Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung von diesem Punkt an den „Rubikon“, und es beginnt die Phase der Insolvenzantragspflicht mit dem neuralgischen Zeitfenster der Drei - Wochen - Frist. Eine insolvenzprophylaktische Wirkung ist hier gerade nicht mehr gegeben. Die viel zu geringe Reaktionszeit reicht vielfach nicht aus, um außergerichtlich gravierende betriebliche Veränderungen im leistungs- und finanzwirtschaftlichen Bereich herbeizuführen und die prekäre Gesamtsituation des Unternehmens zu entschärfen. Die Insolvenz ist in solchen Fällen zumeist unvermeidlich. Sie kann aber bei frühzeitiger Kenntnis immerhin dazu beitragen, dass noch die Aussicht auf eine erfolgreiche, wie auch immer gartete gerichtliche Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens besteht. Um hingegen den Erfordernissen einer sanie-

rungsorientierten Insolvenzprophylaxe zieladäquat Rechnung tragen zu können, besteht das Erfordernis, die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO im Rahmen einer Analogieprüfung frühzeitig und vor allen Dingen regelmäßig vorzunehmen. Das Ergebnis der Überschuldungsprüfung kann so dazu beitragen, erste Indikatoren bestehender Fehlentwicklungen und Schieflogen bereits im Vorfeld einer sich abzeichnenden Krise aufzuzeigen. Anzeichen dieser Art sind in aller Regel schon lange vor Eintritt der Insolvenzantragspflicht im Zahlenwerk der betreffenden Unternehmen erkennbar. Negative Tendenzen und Entwicklungen spiegeln sich oftmals schon frühzeitig, zum Teil sehr signifikant, in den Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen wider. Allerdings vermag erst das Instrumentarium des § 19 InsO durch eine detaillierte und vor allen Dingen rechtzeitige Befassung mit der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage bei einer gleichzeitig damit verbundenen insolvenzrechtlichen Sensibilisierung und Standortbestimmung die Warnfunktion einer gelben Ampel zu übernehmen. Selbige soll dazu dienen, organschaftliche Vertreter schon frühzeitig auf eine sich möglicherweise abzeichnende Gefahr aufmerksam zu machen und einen fast automatisierten Prozess des dynamischen Entgegnetretens zu initiieren. Zielgerichtetes Handeln setzt daher in echten oder ver-

meintlichen Krisensituationen immer die unabdingbare Kenntnis derselben voraus.

In der Rechtswirklichkeit - im Falle einer tatsächlich eingetretenen Insolvenz - erstreckt sich der Anwendungsbereich des insolvenzrechtlichen Instrumentariums des § 19 InsO lediglich auf die repressive Verfolgung insolvenz- und gesellschaftsrechtlicher Ansprüche durch den Insolvenzverwalter und/oder die Gerichtsbarkeit, d.h. er dient fast durchweg nur noch der Haftungsverwirklichung gegenüber organschaftlichen Vertretern für Ausgaben nach Eintritt der Überschuldung, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht zu vereinbaren sind. Damit soll allerdings nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die restriktive Anwendung des § 19 InsO nunmehr zu vernachlässigen ist. Vielmehr muss die präventive Komponente dieser Vorschrift stärker zum Tragen kommen. Insoweit ist dem § 19 InsO eine Warnfunktion zuzuschreiben, die, bei Erkennen etwaiger Krisenanzeichen mittels einer im Rahmen einer Analogieprüfung durchgeführten insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung, Anlass geben kann bzw. Anlass geben muss, sich überhaupt und vor allen Dingen rechtzeitig mit dem Thema der Insolvenzvermeidung auseinanderzusetzen und Sanierungsmaßnahmen einzuleiten, die den Eintritt einer

Überschuldung, ungeachtet ob es sich hierbei um eine bilanzielle, rechnerische oder insolvenzrechtliche Überschuldung handelt, verhindern bzw. selbige erst gar nicht auch nur ansatzweise in Erscheinung treten lassen. Dies korreliert mit der Verpflichtung der Geschäftsleitung, sich ständig ein Bild über die Schuldensdeckungsfähigkeit zu machen. Die Prüfung der Schuldendeckungsfähigkeit ist insoweit integraler Bestandteil der Selbstinformations- und Selbstprüfungspflichten der organschaftlichen Vertreter der mittelständischen GmbH.

Literaturverzeichnis

I. Monographien, Beiträge in Sammelwerken, Kommentare

Achleitner, Ann-Kristin/Bassen, Alexander/Pietzsch, Luisa,

Kapitalmarktkommunikation von Wachstumsunternehmen: Kriterien zur effizienten Ansprache von Finanzanalysen, Stuttgart, 2001.

Achleitner, Ann-Kristin/Everling, Oliver,

Rating Advisory: mit professioneller Beratung zum optimalen Bonitätsurteil, 1. Aufl., Wiesbaden, 2003.

Adebahr, Hubertus/Maennig, Wolfgang,

Außenhandel und Weltwirtschaft, Berlin, 1987.

Adler, Hans/Düring, Walther/Schmaltz, Kurt,

Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, PubiG nach den Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, 6. Aufl., Stuttgart, 1998, Teilband 6, Vorbemerkungen zu §§ 238, 246, 249 HGB, Teilband 1, §§ 252, 253 HGB, Teilband 5, § 264 HGB, Teilband 7, §§ 252, 316 HGB.

Albach, Horst/Baatz, Erfried,

Zur Versorgung der deutschen Wirtschaft mit Risikokapital, Institut für Mittelstandsforschung, IfM-Materialien Nr. 9, Bonn, 1983.

Al-Laham, Andreas,

Strategieprozesse in deutschen Unternehmungen: Verlauf, Struktur und Effizienz, Wiesbaden, 1997.

Altmeppen, Holger,

Zur Formbedürftigkeit der Veräußerung künftiger GmbH-Anteile, in: Aderhold/Grunewald/Klingberg/Paefgen (Hrsg.), FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln, 2008, S. 771.

Ambrosius, Gerold,

Staat und Wirtschaftsordnung: Eine Einführung in Theorie und Geschichte, Stuttgart, 2001.

Arlinghaus, Olaf,

Praxishandbuch Turnaround-Management: Liquidität sichern, Kosten senken, Wachstum steigern, Insolvenz vermeiden, 1. Aufl., Wiesbaden, 2007.

Baetge, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen,

Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, in: Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung - Einzelabschluss, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 5. Aufl., Stuttgart, 2002.

Baetge, Jörg/Kirsch, Hans-Jürgen/Thiele, Stefan,

Bilanzen, 8. Aufl., Düsseldorf, 2005.

Balz, Manfred/Landfermann, Hans-Georg,

Die neuen Insolvenzgesetze: mit Einleitung, Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages sowie ergänzenden Hinweisen, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf, 1995.

Bamberger, Ingolf,

Strategische Unternehmensberatung: Konzeptionen - Prozesse - Methoden, 5. Aufl., Wiesbaden, 2008.

Bardenz, Alexander,

Von deutscher zu internationaler Rechnungslegung: HGB und IAS, Frankfurt am Main (u.a.), 1998.

Bauer, Joachim,

Schriften zum Deutschen, Europäischen und Internationalen Insolvenzrecht, Ungleichbehandlung im geltenden Insolvenzrecht, Band 9, Berlin, 2007.

Bauer, Joachim,

Die GmbH in der Krise, Rechtsfragen der Unternehmenssanierung - dargestellt unter Berücksichtigung der Änderungen durch das MoMiG, 2. Aufl., Münster, 2008.

Baumbach, Adolf/Hueck, Götz,

GmbHG Kommentar, 17. Aufl., München, 2000.

Beck, Siegfried,

in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl., München, 2004.

Becker, Christoph,

Insolvenzrecht, Köln (u.a.), 2005.

Becker, Christoph,

Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln (u.a.), 2008.

Becker, Ansgar,

Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs im Sinne eines übergeordneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften, Dissertation, Universität Mainz, 2004.

Beisse, Heinrich,

Gläubigerschutz - Grundprinzip des deutschen Bilanzrechts, in: Beisse/Lutter/Närger (Hrsg.), FS für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, Berlin (u.a.), 1993, S. 77.

Beisse, Heinrich,

Zum neuen Bild des Bilanzrechtssystems, in: Ballwieser (Hrsg.), Bilanzrecht und Kapitalmarkt, FS zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf, 1994, S. 3.

Bickhoff, Nils/Blatz, Michael/Eilenberger, Guido/Haghani, Sascha/Kraus, Karl,

Die Unternehmenskrise als Chance: Innovative Ansätze zur Sanierung und Restrukturierung, Berlin (u.a.), 2004.

Bieg, Hartmut/Hossfeld, Christopher/Kußmaul, Heinz /Waschbusch, Gerd,

Handbuch der Rechnungslegung nach IFRS - Grundlagen und praktische Anwendung, 1. Aufl., Düsseldorf, 2006.

Bieg, Hartmut/Kußmaul, Heinz,

Externes Rechnungswesen, 4. Aufl., München, 2006.

Birk, Rolf/Kreuzer, Karl/Hopt, Klaus,

Das Unternehmen in der Krise, Probleme der Insolvenzvermeidung aus rechtsvergleichender Sicht: Verhandlungen der vereinigten Fachgruppen für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht und für vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Göttingen, vom 18. - 20.09.1985, Frankfurt am Main, 1986.

Bittmann, Folker,

Insolvenzstrafrecht: Handbuch für die Praxis, Berlin, 2004.

Bitz, Michael/Stark, Gunnar,

Finanzdienstleistungen: Darstellung, Analyse, Kritik, 8. Aufl., München, 2008.

Blaurock, Uwe,

Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in: Damm/Heermann/Veil (Hrsg.), FS für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin, 2005, S. 3.

Blümich, Walter/Ebling, Klaus,

Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz: EStG, KStG, GewStG Kommen-tar, Band 1 (§§ 1 - 8 EStG) und Band 2 (§§ 9 - 24c EStG), München, 2006.

Böcking, Hans-Joachim,

IAS/IFRS und Coporate Governance, in: Küting/Weber (Hrsg.), Vom Financial Accounting zum Business Re- porting - Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung und integrierte Unternehmenssteuerung, Stuttgart, 2002.

Böhle-Stamschräder, Aloys/Kilger, Joachim,

Konkursordnung, 14. Aufl., München, 1983.

Bork, Reinhard,

Insolvenzordnung, 8. Aufl., München, 2003.

Bork, Reinhard,

Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl., Tübingen, 2005.

Bornhorst, Ralf,

Das Bayerische Insolvenzrecht im 19. Jahrhundert und der Einfluss Bayerns auf das Entstehen der Reichs- konkursordnung von 1877, Dissertation, Universität Würzburg, 2002.

Bossert, Rainer,

Unternehmensbesteuerung und Bilanzsteuerrecht: Grundlagen der Einkommen- und Körperschaftsbe- steuerung, Heidelberg, 1997.

Bossert, Rainer/Manz, Ulrich,

Externe Unternehmensrechnung: Grundlagen der Ein- zelrechnungslegung, Konzernrechnungslegung und in- ternationalen Rechnungslegung, Heidelberg, 1996.

Bräunig, Klaus,

Internationale Rechnungslegung - Nichts für den Mittelstand?, in: Küting/Pfitzer/Weber (Hrsg.), Internationale Rechnungslegung: Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven - Kapitalmarktorientierte Rechnungslegung und integrierte Unternehmenssteuerung, Stuttgart, 2006.

Braun, Eberhard,

Insolvenzordnung Kommentar, 4. Aufl., München, 2010.

Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm,

Unternehmensinsolvenz: Grundlagen, Gestaltungsmöglichkeiten, Sanierung mit der Insolvenzordnung, Düsseldorf, 1997.

Bretzke, Ulrike,

Der Begriff der "drohenden Zahlungsunfähigkeit" im Konkursstrafrecht: Analyse und Darlegung der Konsequenzen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, München (u.a.), 1984.

Breuer, Wolfgang,

Insolvenzrecht: eine Einführung, 2. Aufl., München, 2003.

Brockhaus, Miriam,

Basel II, was das neue Credit Rating für mittelständische Unternehmen bedeutet, Düsseldorf, 2003.

Broude, Richard,

Reorganizations under Chapter 11 of the Bankruptcy Code, New York, 1986.

Brückner, Sascha,

Das System der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle im Recht der AG und der GmbH: Entstehung, Entwicklung und Fortbildung der gesetzlichen Regelung, kritische Analyse der gesetzlichen Systematik und der Rechtsfortbildung, Vorschläge, Hamburg, 2000.

Bülow, Peter,

Handelsrecht, 6. Aufl., Heidelberg, 2009.

Büning, Marc,

Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH, Münster, 2004.

Busse von Colbe, Walther,

Substanzerhaltung, in: Seischab/Schwantag (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Band III, 3. Aufl., Stuttgart, 1960.

Buth, Andrea/Hermanns, Michael,

Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 2. Aufl., München, 2004.

Coenenberg, Adolf,

Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse: Betriebswirtschaftliche, handelsrechtliche, steuerrechtliche und internationale Grundsätze, 18. Aufl., Stuttgart, 2001.

Cornett, Christian,

Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften, Berlin, 2003.

Dannecker, Gerhard/Knierim, Thomas/Hagemeyer, Andrea,

Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg (u.a.), 2012.

De Maizière, Thomas,

Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter einer GmbH - zugleich Neuausrichtung des Eigenkapitalersatzrechts, in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), Recht und Risiko, FS für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, 2004, S. 417.

Doralt, Peter/Nowotny, Christian/Kalss, Susanne,

Kommentar zum Aktiengesetz, Wien, 2003.

Drukarczyk, Jochen,

Theorie und Politik der Finanzierung, 2. Aufl., München, 1993.

Drukarczyk, Jochen,

in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., München, 2007.

Drukarczyk, Jochen/Schüler, Andreas,

in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2000.

Drukarczyk, Jochen/Brüchner, Tanja,

in: Braun/Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl., München, 2001.

Ebke, Werner,

Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?, in: Hübner/Ebke (Hrsg.), FS für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1999, S. 189.

Eckstaller, Claudia/Jahn, Ingrid,

Unternehmensfinanzierung im Wandel, in: KMU-Finanzierungskompass, Wegweiser für kleine und mittelständische Unternehmen bei der Kapitalsuche, Bundesverband Kapital für den Mittelstand e.V., München, 2007.

Eidenmüller, Horst,

Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz: Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, Köln, 1999.

Eilenberger, Guido,

in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., München, 2007.

Ehricke, Ulrich,

in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., München, 2007.

Enderlen, Elise,

Nominale und reale Bilanz, Stuttgart, 1936.

Engels, Wolfram,

Betriebswirtschaftliche Bewertungslehre im Lichte der Entscheidungstheorie, Köln (u.a.), 1962.

Eschelbach, Uwe,

Die Limited in deutscher Hand: (for a few pounds more), 1. Aufl., Norderstedt, 2009.

Federmann, Rudolf,

Bilanzierung nach Handelsrecht und Steuerrecht: Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Abhängigkeiten von Handels- und Steuerbilanz unter Berücksichtigung internationaler Rechnungslegungsstandards, 11. Aufl., Berlin, 2000.

Feuerbaum, Ernst,

Die polare Bilanz, Berlin, 1966.

Fluch, Kurt,

Der Status der Unternehmung: die bilanzmäßig dargestellte Vermögensübersicht, 2. Aufl., Wiesbaden, 1961.

Foerste, Ulrich,

Insolvenzrecht, 2. Aufl., München, 2004.

Förster, Wolfgang,

Die Liquidationsbilanz, Köln, 1972.

Freericks, Wolfgang,

Bilanzierungsfähigkeit und Bilanzierungspflicht in Handels- und Steuerbilanz, Köln (u.a.), 1976.

Friedag, Herwig/Schmidt, Walter,

Balanced Scorecard, 3. Aufl., Planegg/München, 2007.

Fritsch, Ulrich,

Die Eigenkapitallücke in der Bundesrepublik, Köln, 1981.

Fröhlich, Erwin/Pichler, Johann Hanns/Pleitner, Hans,

Größe in der Kleinheit, in: Pichler/Pleitner/Schmidt (Hrsg.), Management in KMU: die Führung von Klein- und Mittelunternehmen, 3. Aufl., Bern (u.a.), 2000.

Gabele, Eduard/Mayer, Horst,

Buchführung, 8. Aufl., München, 2003.

Genske, Tobias,

Die Gläubigerposition im Insolvenzverfahren englischen Rechts mit vergleichenden Bezügen zum deutschen Recht, 1. Aufl., Göttingen, 2005.

Gidlewitz, Hans-Jörg,

Internationale Harmonisierung der Konzernrechnungslegung unter besonderer Berücksichtigung der Vereinbarkeit der Bestimmungen des IASC und des HGB, Frankfurt am Main (u.a.), 1996.

Gless, Sven-Erik,

Unternehmenssanierung: Grundlagen, Strategien, Maßnahmen, Wiesbaden, 1996.

Goeke, Manfred,

Praxishandbuch Mittelstandsfinanzierung: mit Leasing, Factoring & Co. unternehmerische Potenziale ausschöpfen, 1. Aufl., Wiesbaden, 2008.

Goerdeler, Reinhard,

Publizität der Rechnungslegung im Rückblick und Ausblick, in: Moxter/Müller/Windmüller/von Wysocki (Hrsg.), Rechnungslegung - Entwicklungen bei der Bilanzierung und Prüfung von Kapitalgesellschaften, FS zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Forster, Düsseldorf, 1992, S. 235.

Goette, Wulf,

Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln (u.a.), 2000, S. 123.

Goette, Wulf,

Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs 2 GmbHG, in: Haarmeyer/Hirte/Kirchhof/Graf von Westphalen (Hrsg.), Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz, FS für Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen, 2004, S. 53.

Gogger, Martin,

Insolvenzrecht, München, 2005.

Gottwald, Peter,

Nachtrag „Gesamtvollstreckungsordnung“ zum Insolvenzrechts-Handbuch, München, 1993.

Gottwald, Peter,

Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., München, 2006.

Götz, Jan,

Überschuldung und Handelsbilanz: zur Ableitung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung aus den Rechnungslegungsvorschriften des Handelsgesetzbuches und des International Accounting Standards Board, Berlin, 2004.

Großfeld, Bernhard,

Internationales und Europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg, 1995.

Grub, Volker,

in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtsweisen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2000.

Grunewald, Barbara,

Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Tübingen, 2002.

Grunwald, Egon/Grunwald, Stephan,

Bonitätsanalyse im Firmenkundengeschäft: Handbuch Risikomanagement und Rating, 2. Aufl., Stuttgart, 2001.

Gunkel, Marcus A.,

Effiziente Gestaltung des Risikomanagements in deutschen Nicht-Finanzunternehmen: eine empirische Untersuchung, 1. Aufl., Norderstedt, 2010.

Haas, Ingeborg,

Das neue Insolvenzrecht (mit allen Änderungen durch das neue ESUG), 1. Aufl., Freiburg (u.a.), 2012.

Haas, Ulrich,

Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz: Unternehmerische Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter, München, 1997.

Haas, Ulrich,

Die Haftung des GmbH Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft, in: Heintzen/Kruschwitz (Hrsg.), Unternehmen in der Krise: Ringvorlesung der Fachbereiche Rechts- und Wirtschaftswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2003, Berlin, 2004.

Habersack, Mathias,

Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis, 2. Aufl., München, 2003.

Hachenburg, Max/Behrens, Peter,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band I, Allgemeine Einleitung, 7. Aufl., Berlin (u.a.), 1975.

Hachenburg, Max/Behrens, Peter,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band I, Allgemeine Einleitung, 8. Aufl., Berlin (u.a.), 1992.

Hachenburg, Max/Ulmer, Peter,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 2 und Band 3, 8. Aufl., Berlin (u.a.), 1997.

Halbhuber, Harald,

Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand; Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 48 EG und zum Europäischen Gesellschaftsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 2001.

Hartmann, Bernhard,

Das Kapital in der Betriebswirtschaft, Meisenheim, 1957.

Harz, Michael/Hub, Heinz-Günter/Schlarb, Eberhard,

Sanierungsmanagement: Unternehmen aus der Krise führen, 3. Aufl., Düsseldorf, 2006.

Häsemeyer, Ludwig,

Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln (u.a.), 1998.

Hatje, Armin,

Wirtschaftsverfassung und europäische Integration, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin (u.a.), 2003.

Hauck, Wilhelm Christian,

Bilanztheorien: eine rechnerische Grundlage, Bülh-Baden, 1933.

- Heesen, Bernd/Gruber, Wolfgang,**
Bilanzanalyse und Kennzahlen: Fallorientierte Bilanzoptimierung, 1. Aufl., Wiesbaden, 2008.
- Heinen, Edmund,**
Handelsbilanzen, 12. Aufl., Wiesbaden, 1986.
- Heinen, Edmund/Dietel, Bernhard,**
Informationswirtschaft, in: Heinen (Hrsg.), Industriebetriebslehre: Entscheidungen im Industriebetrieb, 8. Aufl., Wiesbaden, 1985.
- Henckel, Wolfram,**
Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht, in: Henckel/Gerhardt/Kilger/Kreft (Hrsg.), FS für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, Köln, 1992, S. 197.
- Heno, Rudolf,**
Jahresabschluss nach Handelsrecht, Steuerrecht und internationalen Standards (IFRS), 5. Aufl., Heidelberg, 2006.
- Hess, Harald/Pape, Gerhard,**
InsO und EGlInsO: Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, Köln, 1995.
- Hess, Harald/Fechner, Dieter/Freund, Konrad/Körner, Friederike,**
Sanierungshandbuch, 3. Aufl., Kriftel (u.a.), 1998.
- Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger,**
InsO: Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGlInsO, 2. Aufl., Heidelberg, 2001.
- Heuser, Paul/Theile, Carsten,**
IAS/IFRS Handbuch: Einzel- und Konzernabschluss, 2. Aufl., Köln, 2005.
- Hilpisch, Yves,**
Kapitalmarktorientierte Unternehmensführung: Grundlagen der Finanzierung, Wertorientierung und Corporate Governance, 1. Aufl., Wiesbaden, 2005.

Hirte, Heribert,

Ökonomische Überlegungen zur zwingenden Insolvenzantragspflicht des deutschen Rechts, in: Eger (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, FS für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden, 2008, S. 605.

Hirte, Heribert,

Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl., Köln, 2006.

Holzer, Johannes,

in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz: ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, München, 2003.

Holzer, Hans,

Zur Axiomatik der Buchführungs- und Bilanztheorie: Versuch einer Theorie der Buchführungs- und Bilanztheorien, Stuttgart, 1936.

Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus/von Werder, Axel/Feddersen, Dieter/Pohle, Klaus,

Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Köln, 2003.

Hopkins, Bruce,

Starting and Managing a Nonprofit Organization: A legal guide, New York, 2009.

Hopt, Klaus/von Hippel, Thomas/Walz, Wolfgang Rainer,

Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft: Theorien - Analysen - corporate governance, Tübingen, 2005.

Hüffer, Uwe,

Bewertungsprobleme in der Überschuldungsbilanz, in: Wank (Hrsg.) FS für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München, 2002, S. 1047.

Immenga, Ulrich,

Die personalistische Kapitalgesellschaft: Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Bad Homburg, 1970.

Jaeger, Ernst/Weber, Friedrich/Lent, Friedrich,

Konkursordnung mit Einführungsgesetzen: Kommentar, 8. Aufl., Berlin (u.a.), 1958.

Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram,

Konkursordnung: Großkommentar, 9. Aufl., Berlin (u.a.), 1987.

Jaeger, Ernst/Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter,

Insolvenzordnung: Großkommentar, 1. Aufl., Berlin, 2004.

Jula, Rocco,

Der GmbH-Gesellschafter: GmbH-Gründung, Rechte und Pflichten, Haftungsrisiken, Ausscheiden und Abfindung, 3. Aufl., Berlin (u.a.), 2009.

Kairies, Klaus,

Die vertikale Eigenkapital-Quote als Beurteilungsmassstab für die Risikokapitalausstattung von Unternehmen: ein Diskussionsbeitrag mit Blick auf kleine und mittlere Unternehmen, Bremen, 1991.

Kammann, Evert,

Stichtagsprinzip und zukunftsorientierte Bilanzierung, Köln, 1988.

Kaplan, Robert/Norton, David,

The Balanced Scorecard: translating strategy into action, Boston, 1996.

Kaplan, Robert/Norton, David,

Balanced Scorecard, Strategien erfolgreich umsetzen, Stuttgart, 1997.

Käppeli, Michael,

Betriebswirtschaft und Unternehmensführung - Eine Einführung in unternehmerisches Denken und Handeln, Zürich, 2009.

Keller, Richard,

Unternehmenssanierung: außergerichtliche Sanierung und gerichtliche Sanierung: Beratungs- und Gestaltungsschwerpunkte unter Berücksichtigung der Insolvenzrechtsreform, Herne (u.a.), 1999.

Keller, Ulrich,

Insolvenzrecht, München, 2006.

Kessler, Harald/Leinen, Markus/Strickmann, Michael,

Handbuch BilMoG: Der praktische Leitfaden zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, 2. Aufl., Freiburg (u.a.), 2010.

Keuper, Frank/Schunk, Hendrik,

Internationalisierung deutscher Unternehmen: Strategien, Instrumente und Konzepte für den Mittelstand, 1. Aufl., Wiesbaden, 2009.

Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten,

Insolvenzgesetze, KO/VgIO/GesO, 17. Aufl., München, 1997.

Kirchhof, Hans Peter,

in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2000.

Kirchhof, Hans Peter,

in: Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke/Stephan (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., Heidelberg (u.a.), 2006.

Kirsch, Hans-Jürgen,

Die Umsetzung der Fair Value - Richtlinie, in: Baetge/Kirsch (Hrsg.), Anpassung des deutschen Bilanzrechts an internationale Standards - Bilanzrechtsreformgesetz und Bilanzkontrollgesetz -, Düsseldorf, 2005.

Kitzmüller, Erich/Büchele, Herwig,

Das Geld als Zauberstab und die Macht der internationalen Finanzmärkte, Münster, 2004.

Kleffner, Thomas,

Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG, Berlin, 1994.

Klose-Mokross, Lydia,

Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht am Beispiel der Lehre von der verdeckten Sacheinlage, Frankfurt am Main (u.a.), 1997.

Köbler, Gerhard,

Juristisches Wörterbuch: für Studium und Ausbildung, 11. Aufl., München, 2002.

Köhler, Helmut,

in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz: ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, München, 2003.

Kölsch, Karsten,

Vorverlegte Insolvenzauslösung: Gestaltungsmöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung prospektiver Insolvenztatbestände, Köln, 1988.

Kohler, Josef,

Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart, 1891.

Kosiol, Erich,

Bilanzreform und Einheitsbilanz: Grundlegende Studien zu den Möglichkeiten einer Rationalisierung der periodischen Erfolgsrechnung, 2. Aufl., Berlin (u.a.), 1949.

Kosiol, Erich,

Bilanztheorie, in: Beckerrat/Brinkmann/Gutenberg (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaft, Band 2, 5. Aufl., Stuttgart (u.a.), 1959.

Kraemer, Joachim/Vallender, Heinz/Vogelsang, Norbert,

Handbuch zur Insolvenz, Bonn, 2002.

Kreilkamp, Edgar,

Strategisches Management und Marketing: Markt- und Wettbewerbsanalyse, strategische Frühaufklärung, Portfolio-Management, Berlin (u.a.), 1987.

Krüger, Markus,

Mindestkapital und Gläubigerschutz, 1. Aufl., Baden-Baden, 2005.

Kruse, Heinrich Wilhelm,

GoB, Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung - Rechtsnatur und Bestimmung, 3. Aufl., Köln, 1978.

Kübler, Friedrich,

Vorsichtsprinzip versus Kapitalmarktinformation, in: Förschle (Hrsg.), Rechenschaftslegung im Wandel, FS Wolfgang Dieter Budde, München, 1995, S. 361.

Kübler, Friedrich/Assmann, Heinz-Dieter,

Gesellschaftsrecht: die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 3. Aufl., Heidelberg, 1990.

Kübler, Bruno/Prütting, Hanns,

Das neue Insolvenzrecht: InsO/EGInsO, 2. Aufl., Köln, 2000.

Kübler, Bruno/Prütting, Hanns/Bork, Reinhard,

Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln, 2007.

Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm,

Konkursordnung: Kommentar, 10. Aufl., München, 1986, 11. Aufl., München, 1994.

Kühne, Matthias,

in: Institut der Wirtschaftsprüfer e.V (IDW) (Hrsg.), WP-Handbuch, Band I, 13. Aufl., Düsseldorf, 2006.

Küting, Karlheinz,

Probleme einer vergleichenden internationalen Jahresabschlussanalyse, in: Döring/Kußmaul (Hrsg.), Spezialisierung und Internationalisierung: Entwicklungstendenzen der deutschen Betriebswirtschaftslehre; FS für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günter Wöhe zum 80. Geburtstag am 2. Mai 2004, München, 2004, S. 379.

Küting, Karlheinz/Hayn, Sven,

Entwicklung des deutschen und europäischen Bilanzrechts, in: Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung - Einzelabschluss, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 5. Aufl., München, 2003.

Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter,

Der Konzernabschluss: Praxis der Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS, 10. Aufl., Stuttgart, 2006.

Küting, Karlheinz/Pfitzer, Norbert/Weber, Claus-Peter,

Das neue deutsche Bilanzrecht: Handbuch zur Anwendung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG), 2. Aufl., Stuttgart, 2009.

Le Coutre, Walter,

Zeitgemäße Bilanzierung: die Statische Bilanzauffassung und ihre praktische Anwendung, Wien, 1934.

Le Coutre, Walter,

Grundzüge der Bilanzkunde, 4. Aufl., Wolfenbüttel, 1949.

Le Coutre, Walter,

Bilanztheorien, in: Nicklisch (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft (HdB), Band 1, 3. Aufl., Stuttgart, 1957.

Leffson, Ulrich,

Die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, Düsseldorf, 1964.

Lehmann, Wolfgang,

Die dynamische Bilanztheorie Schmalenbachs, Darstellung, Vertiefung und Weiterentwicklung, Wiesbaden, 1963.

Lorenz, Manuel,

in: Romeike (Hrsg.), Einführung in die rechtlichen Grundlagen des Risikomanagements, Haftungs- und Strafvermeidung für Corporate Compliance, Berlin, 2008.

Luik, Hans,

Das Going-Concern-Prinzip im deutschen Bilanzrecht, in: Groß (Hrsg.), Der Wirtschaftsprüfer im Schnittpunkt nationaler und internationaler Entwicklungen, FS zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Klaus von Wysocki, Düsseldorf, 1985, S. 61.

Lutter, Marcus,

Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG: Eine Untersuchung zur Ausfüllung von Art. 54 Absatz 3 lit. des Vertrages über die Errichtung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Karlsruhe, 1964.

Lutter, Marcus,

Vom formalen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaften, in: Jayme (Hrsg.), FS für Stefan Riesenfeld aus Anlass seines 75. Geburtstages, Heidelberg, 1983, S. 165.

Lutter, Marcus,

Die Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt, in: Lutter (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH - Gesetz, Köln, 1992, S. 49.

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter,

GmbH - Gesetz: Kommentar, 16. Aufl., Köln, 2004.

Luttermann, Claus,

Unternehmen, Kapital und Genussrechte: eine Studie über Grundlagen der Unternehmensfinanzierung und zum internationalen Kapitalmarktrecht, Tübingen, 1998.

Mellerowicz, Konrad,

Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Band 1, 14. Aufl., Berlin (u.a.), 1973.

Michalski, Lutz,

Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH - Gesetz), 2. Aufl., München, 2010.

Miras, Antonio,

Die neue Unternehmergeellschaft: UG (haftungsbeschränkt) und vereinfachte Gründung nach neuem Recht, München, 2008.

Möhlmann-Mahlau, Thomas,

Sanierung und Abwicklung in der Insolvenz: Erfahrungen, Chancen, Risiken, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2005.

Moxter, Adolf,

Betriebswirtschaftliche Gewinnermittlung, Tübingen, 1982.

Moxter, Adolf,

Bilanzlehre, Band I, Einführung in die Bilanztheorie, 3. Aufl., Wiesbaden, 1984.

Moxter, Adolf,

Bilanzlehre, Band II, Einführung in das neue Bilanzrecht, 3. Aufl., Wiesbaden, 1986.

Moxter, Adolf,

Zum Sinn und Zweck des handelsrechtlichen Jahresabschlusses nach neuem Recht, in: Havermann (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht, FS zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf, 1987, S. 361.

Mülhens, Jörg,

Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht, Tübingen, 2006.

Müller, Hans-Peter/Haas, Ulrich,

in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2000.

Müller, Stefan/Wulf, Inge,

Bilanztraining, 11. Aufl., München, 2009.

Müller, Welf/Wanik, Otto,

Aktuelle Fragen zur Umsetzung des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, Köln, 1986.

Münstermann, Hans,

Einführung in die dynamische Bilanz, Leipzig, 1941.

Muscheid, Werner,

Schmalenbachs Dynamische Bilanz: Darstellung, Kritik und Antikritik, Köln, 1957.

Najderek, Anne,

Harmonisierung des europäischen Bilanzrechts: Problembestimmung und konzeptionelle Würdigung, 1. Aufl., Wiesbaden, 2009.

Nickert, Cornelius/Lamberti, Udo,

Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht: Erläuterungen, Arbeitshilfen, Prüfungsstandards, 1. Aufl., Köln, 2007.

Nicklisch, Heinrich,

Die Betriebswirtschaft, 7. Aufl., Stuttgart, 1932.

Niederöcker, Bettina,

Finanzierungsalternativen in kleinen und mittleren Unternehmen: eine neo-institutionalistische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Innovationsfinanzierung, 1. Aufl., Wiesbaden, 2002.

Niehus, Rudolf/Scholz, Willi,

in: Meyer-Landrut/Miller/Niehus (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einschließlich Rechnungslegung zum Einzel- sowie zum Konzernabschluss: Kommentar, Berlin (u.a.), 1987.

Niessen, Hermann,

Zur Entstehung eines europäischen Konzernbegriffs für die Rechnungslegung, in: Lanfermann (Hrsg.), Internationale Wirtschaftsprüfung, FS zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Havermann, Düsseldorf, 1995, S. 581.

Nipperdey, Hans Carl,

Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Köln (u.a.), 1960.

Novikoff, Harold,

Chapter 11 business reorganizations, Practising law Institute, 1983.

Oberbrinkmann, Frank,

Statische und dynamische Interpretation der Handelsbilanz: eine Untersuchung der historischen Entwicklung, insbesondere der Bilanzrechtsaufgabe und der Bilanzrechtskonzeption, Düsseldorf, 1990.

Olfert, Klaus,

Finanzierung, 5. Aufl., Ludwigshafen (Rhein), 1985.

Ott, Wolfgang/Göpfert, Burkhard,

Unternehmenskauf aus der Insolvenz: ein Praxisleitfaden, 1. Aufl., Wiesbaden, 2005.

Otto, Harro,

in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz: Großkommentar, 4. Aufl., Berlin, 1997.

Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm,

Insolvenzrecht, 1. Aufl., München, 2002.

Pasewaldt, David,

Zukunft der Überschuldungsmessung - Möglicher Einfluss der Internationalisierungstendenzen in der Rechnungslegung, München, 2004.

Pellens, Bernhard/Fühlbier, Rolf Uwe/Gassen, Joachim,

Internationale Rechnungslegung: IFRS 1 bis 7, IAS 1 bis 41, IFRIC-Interpretationen, Standardentwürfe, mit Beispielen, Aufgaben und Fallstudie, 6. Aufl., Stuttgart, 2006.

Perridon, Louis/Steiner, Manfred,

Finanzwirtschaft der Unternehmung, 10. Aufl., München, 1999.

Petersen, Julius/Kleinfeller, Georg,

Konkursordnung für das Deutsche Reich: Nebst dem Einführungsgesetz, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betrifft die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, 3. Aufl., Lahr, 1892.

Plate, Georg,

Die Konkursbilanz, Köln (u.a.), 1979.

Poertzgen, Christoph,

Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, 1. Aufl., Baden-Baden, 2006.

Preißler, Peter R.,

Betriebswirtschaftliche Kennzahlen: Formeln, Aussagekraft, Sollwerte, Ermittlungsintervalle, München (u.a.), 2008.

Preußer, Julia,

Gesellschaftsrecht: Prüfungswissen, Übungsfälle und Multiple-Choice-Tests, (mit allen Änderungen der GmbH-Reform), 4. Aufl., Planegg/München, 2009.

Priester, Hans Joachim/Mayer, Dieter,

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München, 2009.

Raab, Michael,

Die "vernünftige kaufmännische Beurteilung" als Bewertungstechnologie bei der Erstellung handelsrechtlicher Jahresabschlüsse: ein Beitrag für einen Weg zur Auslegung von § 253 Abs. 4 HGB, Frankfurt am Main (u.a.), 1991.

Raettig, Lutz,

Qualitäten und Bestimmungsfaktoren der Finanzierung mit Eigenkapital, Hamburg, 1969.

Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger,

Recht der Kapitalgesellschaften: ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft; Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kapitalgesellschaft & Co., Umwandlungsrecht, Konzernrecht, Internationales Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München, 2006.

Rautenstrauch, Thomas,

Balanced Scorecard in mittelständischen Unternehmen, in: Lingnau (Hrsg.), Einsatz von Controllinginstrumenten im Mittelstand, 1. Aufl., Lohmar, 2006.

Ring, Victor,

Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, Band I, Berlin, 1902.

Risse, Axel,

International Accounting Standards für den deutschen Konzernabschluss, Wiesbaden, 1996.

Ritter v. Onciul, Georg,

Die rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens: Unternehmenskrise, Insolvenz und die Eröffnungsgründe der InsO, Berlin (u.a.), 2000.

Robbe-Grillet, Alain,

Planmäßige Sanierung nach französischem und nach deutschem Insolvenzrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung der französischen Insolvenzrechtsreform von 2005, München, 2007.

Rödl, Hartmut,

Externes Rating für den Mittelstand, in: Reichmann (Hrsg.), Rating nach Basel II, Herausforderungen für den Mittelstand, München, 2005.

Roth, Günter,

GmbH und AG: Versuche einer Neuorientierung, in: Roth (Hrsg.), Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich; GmbH, AG und entsprechende Gesellschaftsformen in Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, Kanada, Österreich, der Schweiz, den USA und im Recht der EG, Köln, 1990.

Roth, Günter,

in: Rebmann/Rixecker/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, 4. Aufl., München, 2003.

Roth, Günter,

Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), FS Peter Doralt zum 65. Geburtstag, Wien, 2004, S. 479.

Roth, Günter/Altmeyen, Holger,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München, 1997.

Roth, Günter/Altmeyen, Holger,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 5. Aufl., München, 2005.

- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian,**
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Aufl., München, 2002.
- Runkel, Hans-Peter,**
Anwalts- Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln, 2008.
- Samm, Gunter,**
Das Eigenkapital in der industriellen Finanzierung, Berlin, 1965.
- Sander, Gerald/Sigloch, Daniel,**
Fälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, München, 2003.
- Sandmann, Bernd,**
Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführen und leitenden Angestellten, Tübingen, 2001.
- Scheibe-Lange, Ingrid/Volkman, Gert/Welzmüller, Rudolf,**
Die Eigenkapitalquote der Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf, 1983.
- Schildbach, Thomas,**
Jahresabschluss und Markt, Berlin (u.a.), 1986.
- Schildbach, Thomas,**
Der handelsrechtliche Jahresabschluss, 6. Aufl., Herne (u.a.), 2000.
- Schmalenbach, Eugen,**
Dynamische Bilanz, 4. Aufl., Leipzig, 1926.
- Schmalenbach, Eugen,**
Die Aufstellung von Finanzplänen, Leipzig, 1931.
- Schmalenbach, Eugen/Bauer, Richard,**
Dynamische Bilanz, 13. Aufl., Köln (u.a.), 1962.

Schmeisser, Wilhelm/Bretz, Michael/Kessler, Jürgen/Krimphove, Dieter,

Handbuch Krisen- und Insolvenzmanagement: wie mittelständische Unternehmen die Wende schaffen, Stuttgart, 2004.

Schmerbach, Ulrich,

in: Wimmer (Hrsg.), FK-InsO, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Aufl., Köln, 2009.

Schmidt, Karsten,

in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung: das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Herne (u.a.), 2000.

Schmidt, Karsten,

Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln (u.a.), 1991, 4. Aufl., Köln (u.a.), 2002.

Schmidt, Karsten,

Die Einheits-GmbH & Co. KG, Kautelarjurisprudenz an ihren Grenzen oder Triumph der Typizität des Atypischen, in: Lutz (Hrsg.), FS Harm Peter Westermann, Köln, 2008, S. 1425.

Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm,

Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz: Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Bankrecht und Organisation bei Krisenvermeidung, Krisenbewältigung und Abwicklung, 3. Aufl., Köln, 2003, 4. Aufl., Köln, 2009.

Schmidt, Fritz,

Die organische Bilanz im Rahmen der Wirtschaft, Leipzig, 1921.

Schmidt, Fritz,

Die organische Tageswertbilanz, 3. Aufl., Leipzig, 1929.

Schmidt, Lutz,

Maßgeblichkeitsprinzip und Einheitsbilanz: Geschichte, Gegenwart und Perspektiven des Verhältnisses von Handels- und Steuerbilanz, Heidelberg, 1994.

Schneck, Ottmar,

Handbuch Alternative Finanzierungsformen: Anlässe, private equity, Genussscheine, ABS, Leasing, Factoring, Mitarbeiterbeteiligung, BAV, Franchising, Stille Gesellschaft, partiarisches Darlehen, Börsengang, 1. Aufl., Weinheim, 2006.

Schneider, Dieter,

Geschichte betriebswirtschaftlicher Theorie: allgemeine Betriebswirtschaftslehre für das Hauptstudium, München (u.a.), 1981.

Schneider, Dieter,

Betriebswirtschaftslehre, Band 2, Rechnungswesen, 2. Aufl., München, 1997.

Scholz, Franz,

Kommentar zum GmbHG, Band I, 9. Aufl., Köln, 2000, Band II, 9. Aufl., Köln, 2002.

Schröder, Jens Sören,

in: Schmidt (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht: InsO, EulnsVO, Art. 102 EGIInsO, InsVV, VbrInsVV, InsOBekV, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., Münster, 2007.

Schubert, Werner,

Das GmbH - Gesetz von 1892 - eine „Zierde unserer Reichsgesetzsammlung“.

Das historische Geschehen um die GmbH von 1888 bis 1902, in: Lutter (Hrsg.), FS 100 Jahre GmbH - Gesetz, Köln, 1992, S. 1.

Schulten, Marc,

Krisenmanagement, 1. Aufl., Berlin, 1995.

Schulze-Osterloh, Joachim,

in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG Kommentar, 16. Aufl., München, 1996.

Schulze-Osterloh, Joachim,

in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG Kommentar, 17. Aufl., München, 2000.

Schulze-Osterloh, Joachim,

Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs. 2 GmbHG; §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), in: Westermann/Mock (Hrsg.), FS für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin (u.a.), 2000, S. 415.

Seefelder, Günter,

Unternehmenssanierung: Zerschlagung vermeiden, Ursachen analysieren, Konzepte finden, Chancen erkennen, Stuttgart, 2003.

Sigloch, Jochen,

in: Michalski (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH - Gesetz), Band 2, München, 2002.

Simon, Herman Veit,

Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 1. Aufl., Berlin (u.a.), 1886.

Smid, Stefan,

Insolvenzordnung (InsO), mit Insolvenzzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV), Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart (u.a.), 2001.

Smirska, Katarzyna,

Optimierung eines Risikomanagementsystems im Mittelstand, 1. Aufl., Norderstedt, 2009.

Spremann, Klaus,

Wirtschaft, Investition und Finanzierung, 5. Aufl., München (u.a.), 1996.

Spremann, Klaus/Gantenbein, Pascal,

Kapitalmärkte, Stuttgart, 2005.

Strobl, Elisabeth,

IASC-Rechnungslegung und Gläubigerschutzbestimmungen nach deutschem Recht, in: Ballwieser (Hrsg.), Rechnungslegung - warum und wie?: FS für Hermann Clemm zum 70. Geburtstag, München, 1996, S. 389.

Stürner, Rolf,

in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., München, 2007.

Sykora, Gustav,

Die Konten- und Bilanztheorien: eine betriebswirtschaftlich - historische Untersuchung, Wien, 1949.

Teichmann, Christoph,

Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, Berlin, 2006.

Thiele, Stefan,

in: Baetge/Kirsch/Thiele (Hrsg.), Bilanzen, 10. Aufl., Düsseldorf, 2009.

Tiedchen, Susanne,

in: Kropff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5, 2. Aufl., München, 2003.

Tiedemann, Klaus,

in: Scholz (Hrsg.), Kommentar zum GmbHG, Band II, 9. Aufl., Köln, 2002.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Insolvenzrecht: Grundriss für Studium und Praxis, Bonn, 1979.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Insolvenzordnung, Kommentar, 12. Aufl., München, 2003.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Einhundert Jahre Konkursordnung, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung: 1877 - 1977, FS des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum 100 jährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, Köln (u.a.), 1977, S. 3.

Ulmer, Peter,

in: Hachenburg/Behrens (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band I, Allgemeine Einleitung, 8. Aufl., Berlin (u.a.), 1992.

Undritz, Sven-Holger,

in: Runkel (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, Köln, 2005.

Volkman, Christine/Tokarski, Kim Oliver,

Entrepreneurship - Gründung und Wachstum von jungen Unternehmen, Stuttgart, 2006.

Von Arnim, Bernd,

Eigenkapital, in: Büschgen (Hrsg.), Handwörterbuch der Finanzwirtschaft, Enzyklopädie der Betriebswirtschaft, Stuttgart, 1976.

Von Danckelmann, Volker,

Aus- und Absonderungsrechte im deutschen Konkursrecht: eine Untersuchung über die Entwicklung des Verständnisses von Verwaltung und Verwertung fremdrechtbelasteter beweglicher Sachen und Immobilien im deutschen Konkursrecht seit 1855, 1. Aufl., Münster, 2008.

Von Thunen, Sebastian,

Directors' duty for the benefit of creditors: die Bedeutung der Geschäftsleiterpflicht zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen für den Schutz der Gläubiger einer englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, Göttingen, 2011.

Vormbaum, Herbert,

Finanzierung der Betriebe, 6. Aufl., Wiesbaden, 1981.

Wagner, Herbert,

Konkursrecht, Stuttgart (u.a.), 1980.

Walb, Ernst,

Die Erfolgsrechnung privater und öffentlicher Betriebe: eine Grundlegung, Berlin, 1926.

Weber, Claus-Peter/Kessler, Marco,

in: Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung - Einzelabschluss, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 5. Aufl., Stuttgart, 2002.

Weber-Braun, Elke,

in: Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Konzernrechnungslegung, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, Band 2, 2. Aufl., Stuttgart, 1998.

Wehrheim, Michael/Schmitz, Thorsten,

Jahresabschlussanalyse: Instrumente, Bilanzpolitik, Kennzahlen, 3. Aufl., Stuttgart, 2009.

Weitbrecht, Cornelius,

Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung der GmbH, Köln, 1990.

Wengel, Torsten,

Buchführung kompakt, München (u.a.), 2007.

Weyand, Raimund/Diversy, Judith,

Insolvenzdelikte: Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 7. Aufl., Berlin, 2006.

Wicke, Hartmut,

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), München, 2008.

Wiedemann, Herbert,

Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, München, 1980.

Wiedemann, Herbert/Frey, Kaspar,

Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., München, 2001.

Wilhelm, Jan,

Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin, 2009.

Wimmer, Klaus/Dauernheim, Jörg/Wagner, Martin/Weidekind-Hefermehl, Sabine-Sofie,

Handbuch Fachanwalt für Insolvenzrecht, Neuwied (u.a.), 2002.

Witte, Eberhard,

Finanzrechnung, insbesondere Finanzplanung, in: Kosiol (Hrsg.), Handwörterbuch des Rechnungswesens, 2. Aufl., Stuttgart, 1981.

Witte, Eberhard,

Die Unternehmenskrise - Anfang vom Ende oder Neubeginn?, in: Bratschitsch/Schnellinger (Hrsg.), Unternehmenskrisen - Ursachen, Frühwarnung, Bewältigung, Stuttgart, 1981.

Wöhe, Günter,

Die Entwicklung der Rechnungslegungsvorschriften der Kapitalgesellschaften im 20. Jahrhundert, in: Küting/Langenbacher (Hrsg.), Internationale Rechnungslegung: FS für Professor Dr. Claus-Peter Weber zum 60. Geburtstag, 1999, Stuttgart, S. 65.

Wöhe, Günter/Döring, Ulrich,

Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 19. Aufl., München, 1996, 21. Aufl., München, 2002.

Wolf, Thomas/Schlagheck, Markus,

Überschuldung: Tatbestand, Bilanzierung, Steuerrecht, 1. Aufl., Herne, 2007.

Wolter, Hans-Jürgen/Hauser, Hans-Eduard,

Die Bedeutung des Eigentümerunternehmens in Deutschland - Eine Auseinandersetzung mit der qualitativen und quantitativen Definition des Mittelstands, in: Institut für Mittelstandsforschung Bonn (Hrsg), Jahrbuch zur Mittelstandsforschung, Band: Schriften zur Mittelstandsforschung, Nr. 90 NF, Wiesbaden, 2001.

Wossidlo, Peter-Rütger,

Die Finanzierung mittelständischer Unternehmen in Deutschland, Berlin, 1985.

Zwirner, Christian,

IFRS-Bilanzierungspraxis: Umsetzungs- und Bewertungsunterschiede in der Rechnungslegung, Berlin, 2007.

II. Fachzeitschriften

Altmeyden, Holger,

Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, ZGR 1999, S. 291.

Altmeyden, Holger/Wilhelm, Jan,

Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, S. 673.

Arends, Volker/Möller, Christian,

Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführer-Haftung in Krise und Insolvenz der GmbH, GmbHR 2008, S. 169.

Baetge, Jörg/Apelt, Bernd,

Publizität kleiner und mittelständischer Kapitalgesellschaften und Harmonisierung der Rechnungslegung, BFuP 1992, S. 393.

Baetge, Jörg/Zülch, Henning/Matena, Sonja,

Fair Value - Accounting - Ein Paradigmenwechsel auch in der kontinentaleuropäischen Rechnungslegung?, StuB 2002, S. 365.

Bähr, Rainer/Smid, Stefan,

Flutopfer, DZWIR 2002, S. 455.

Ballwieser, Wolfgang,

Konzernrechnungslegung und Wettbewerb, DBW 2001, S. 640.

Bauer, Oliver/Esser, Stefan,

Die vermeintliche Privilegierung der Sozialversicherungsträger durch die Einführung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n. F., ZInsO 2008, S. 296.

- Bauer, Joachim/Heidinger, Andreas,**
Praxisforum: Reform des GmbH-Rechts, Vortragsveranstaltung des Deutschen Anwaltsinstituts e.V., DAI-Ausbildungscenter Rhein/Main, 2008.
- Baums, Theodor,**
Aktienmarkt und Finanzierung kleiner Unternehmen, ZIP 1997, S. 1942.
- Bea, Franz Xaver/Kötzle, Alfred,**
Ursachen von Unternehmenskrisen und Maßnahmen zur Krisenvermeidung, DB 1983, S. 565.
- Beck, Matthias,**
Überschuldung - vielfältige Aspekte eines oft unklaren Begriffs, KSt 2008, S. 245.
- Beck, Matthias,**
Überschuldung - Alter Ansatz in neuem Umfeld, KSt 2009, S. 61.
- Beck, Rainer,**
Die Haftung des Geschäftsführers nach §§ 64 Abs. 2, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 64 Abs. 1 GmbHG, ZInsO 2007, S. 1233.
- Beisse, Heinrich,**
Normqualität und Normstruktur von Bilanzvorschriften und Standards, BB 1999, S. 2180.
- Berndt, Thomas/Hommel, Michael,**
Konzernrechnungslegung zwischen Konvergenz und Wettbewerb - US-GAAP, IFRS oder Euro-IFRS?, BFuP 2005, S. 407.
- Bierbach, Axel,**
Insolvenzplanverfahren: Die selten genutzte Chance, Süddeutsche Zeitung vom 05.03.2009.
- Bihl, Dietrich/Kalinowski, Susanne,**
Risikofrüherkennungssystem bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften - Haftungsfälle für Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer, DStR 2008, S. 620.

Bitter, Georg,

Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns“ - Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH, WM 2001, S. 2133.

Bitter, Georg,

Neuer Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO: Führt die Finanzmarktkrise zu besseren Einsichten des Gesetzgebers, ZInsO 2008, S. 1097.

Blank, Michael,

Der Coup im Bundestag: Die Neuregelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. (ab 01.01.2008), ZInsO 2008, S. 1.

Böcker Philipp/Poertzgen Christoph,

Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, S. 1289.

Böcking, Hans-Joachim,

IAS für Konzern- und Einzelabschluss?, WPg 2001, S. 1433.

Börner, Dietrich,

Das Bilanzrichtliniengesetz, Entwicklungen und Ziele der Reform des Rechnungslegungsrechts, in: WiSt 1986, S. 165.

Bohl, Werner,

Der Jahresabschluss nach neuem Recht, WPg 1986, S. 29.

Bömelburg, Peter/Landgraf, Christian/Pöppel, Andrea,

IFRS für KMU - eine echte Alternative für den deutschen Mittelstand?, PIR 2009, S. 290.

Bräuer, Gregor,

Ausschluss der Insolvenzanfechtung durch § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n. F.? - Eine Analyse zur Anfechtbarkeit von Zahlungen an Sozialversicherungsträger nach der Rechtslage seit dem 1. Januar 2008, ZInsO 2008, S. 169.

- Braun, Eberhard,**
Der Insolvenzplan - Mobbing für ein neues Rechtsinstitut, NZI 2000, S. V.
- Brete, Raik/Thomsen, Michael,**
Die rechtsformneutrale Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, KSI 2009, S. 66.
- Budde, Wolfgang/Steuber, Elgin,**
Rechnungslegung im Spannungsfeld zwischen Gläubigerschutz und Information der Gesellschafter, AG 1996, S. 542.
- Burg, Michael/Poertzgen, Christoph,**
Notwendige insolvenzrechtliche Modifizierungen des MoMiG, ZInsO 2008, S. 473.
- Burger, Anton/Buchhart, Anton,**
Zur Notwendigkeit des neuen Insolvenztatbestands „drohende Zahlungsunfähigkeit“, WPg 1999, S. 155.
- Burger, Anton/Schellberg, Bernhard,**
Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht, BB 1995, S. 261.
- Burger, Anton/Ulbrich, Philipp,**
IAS - Verordnung und § 292 a HGB - Probleme beim Übergang, DB 2003, S. 2397.
- Burger, Anton/Ulbrich, Philipp,**
Kapitalmarktorientierung in Deutschland - Eine Studie vor dem Hintergrund der Änderungen in der Rechnungslegung -, KoR 2004, S. 235.
- Burger, Anton/Feldrappe, Tobias/Ulbrich, Philipp,**
Auswirkungen der Umstellung von HGB und IFRS auf zentrale Kennzahlen des Jahresabschlusses, PIR 2006, S. 134.
- Busse von Colbe, Walther,**
Aufbau und Informationsgehalt von Kapitalflussrechnungen, ZfB 1966, 1. Ergänzungsheft, S. 82.

Busse von Colbe, Walther,

Der Konzernabschluss nach neuem Aktienrecht, AG 1966, S. 269.

Busse von Colbe, Walther,

Ausbau der Konzernrechnungslegung im Lichte internationaler Entwicklungen, ZGR 2000, S. 651.

Carlè, Thomas,

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), DStZ 2008, S. 709.

Castan, Edgar,

Publizitätspflicht für alle Großunternehmen?, DB 1968, S. 515.

Claussen, Carsten,

Das Bilanzrichtliniengesetz - Praktische Folgerungen und erste Wendungen, AG 1986, S. 145.

Clemm, Hermann,

Bilanzpolitik und Ehrlichkeits- („true and fair view“-)gebot, WPg 1989, S. 357.

Crone, Andreas/Rebscher, Peter,

BilMoG und Unternehmen in der Krise - neue Instrumente für ein Frühwarnsystem?, KSI 2009, S. 211.

Diedrichs, Marc/Form, Stephan/Reichmann, Thomas,

Standard zum Risikomanagement, Arbeitskreis Risikomanagement, Controlling, 2004, S. 189.

Donaldson, Thomas/Preston, Lee,

The stakeholder theory of the corporation - concepts, evidence and implications, The Academy of management review, 1995, S. 65.

Drukarczyk, Jochen,

Bilanzielle Überschuldungsmessung - Zur Interpretation der Vorschriften von § 92 II AktG und § 64 I GmbHG, ZGR 1979, S. 553.

Drygala, Tim/Drygala, Anja,

Wer braucht ein Frühwarnsystem? ZIP 2000, S. 297.

Easterbrook, Frank/Fischel, Daniel,

“Limited Liability and the Corporation”, The University of Chicago Law Review 1985, S. 89.

Eckert, Rainer/Happe, Eike Edo,

Totgesagte leben länger - Die (vorübergehende) Rückkehr des zweistufigen Überschuldungsbegriffs, ZInsO 2008, S. 1098.

Ehlers, Harald,

Die Überschuldungssituation einer GmbH, ihre Rechtsfolgen und deren Abwendung, DStR 1998, S. 1756.

Ehlers, Harald,

Der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit - auch ein Haftungsproblem, ZInsO 2005, S. 169.

Ehricke, Ulrich,

Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, AcP 199, 1999, S. 257.

Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas,

Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht, GmbHR 2005, S. 433.

Elmendorff, Wilhelm,

Harmonisierung der Rechnungslegungsvorschriften in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WPg 1967, S. 621.

Endemann, Wilhelm,

Die Entwicklung des Konkursverfahrens in der gemeinrechtlichen Lehre bis zu der Deutschen Konkursordnung vom 10. Februar 1877, ZZP 1888, S. 24.

Engel-Ciric, Dejan,

IAS - kopernikanische Wende in der Rechnungslegungspraxis?, Bilanzbuchhalter und Controller 2002, S. 193.

Ernst, Christoph,

Bilanzrecht: quo vadis? – Die kommende Reform des europäischen Bilanzrechts und mögliche Auswirkungen auf die deutsche Rechnungslegung, WPg 2001, S. 1440.

Esser, Josef,

Gliederungsvorschriften, Bewertung, Gewinnverwendung und Pflichtangaben nach dem Aktiengesetz 1965, AG 1965, S. 310.

Euler, Roland,

Paradigmenwechsel im handelsrechtlichen Einzelabschluss: Von den GoB zu den IAS?, BB 2002, S. 875.

Fabricius, Fritz,

Das Stammkapital der GmbH. Zur Frage seiner Rechtfertigung und der Rechtfertigung seiner Höhe. Gedanken zum Referentenentwurf eines GmbHG 1969, GmbHR 1970, S. 137.

Fastrich, Lorenz,

Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH - Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, S. 656.

Feuerbaum, Ernst,

Der Bilanzzweck in der Bilanztheorie, WPg 1970, S. 426.

Fey, Gerd/Deubert, Michael,

Befreiender IFRS - Einzelabschluss nach § 325 Abs. 2a HGB für Zwecke der Offenlegung, KoR 2006, S. 92.

Fischer, Gero,

Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht, ZGR 2006, S. 403.

Fleischer, Holger,

Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company, DStR 2000, S. 1015.

Fölsing, Philipp,

Steuerschulden in der Krise der Gesellschaft, KSI 2007, S. 227.

Forster, Karl-Heinz,

Coordination of Accounting Law in Europe, AG 1979, S. 1.

Forster, Karl-Heinz,

Das Bilanzrichtliniengesetz aus der Sicht der Wirtschaftsprüfer, ZfbF 1985, S. 742.

Freitag, Robert/Riemenschneider, Markus,

Die Unternehmergeellschaft - „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?, ZIP 2007, S. 1485.

Früh, Hans-Joachim/Wagner, Wolfgang

Überschuldungsprüfung bei Unternehmen, WPg 1998, S. 907.

Frühauf, Markus,

Erfolg für die Bankenlobby, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.08.2010, S. 11.

Fürst, Reimar,

Die Insolvenz als Problem der Bankbetriebslehre, ZkW 1960, S. 158.

Geßler, Ernst,

Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform?, AG 1965, S. 343.

Giersberg, Georg,

Die Bilanz ist überfrachtet, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.11.2010, S. 14.

Giersberg, Gerorg,

40% Eigenkapital sind das Ziel, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

Gischer, Horst/Hommel, Michael,

Unternehmen in Krisensituationen und die Rolle des Staats als Risikomanager: Weniger ist mehr, BB 2003, S. 945.

Goette, Wulf,

Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 26.06.1995 - ZR 109/94, DStR 1995, S. 1639.

Goette, Wulf,

Anmerkungen zum BGH, Beschluss vom 02.10.2000 - II ZR 164/99, DStR 2001, S. 1537.

Goette, Wulf,

Haftung des Geschäftsführers in Krise und Insolvenz der GmbH, ZInsO 2001, S. 529.

Goette, Wulf,

Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“, DStR 2005, S. 197.

Graf, Ulrich/Wunsch, Irene,

Eigenverwaltung und Insolvenzplan - gangbarer Weg in der Insolvenz von Freiberuflern und Handwerkerkern, ZIP 2001, S. 1029.

Grätz, Horst,

Änderung des Begriffs der Überschuldung greift zu kurz, BB 2008, S. 2413.

Groß, Paul,

Die Prüfung der Sanierungsfähigkeit im Rahmen der Insolvenzordnung, Wirtschaftsprüfer-Kammer-Mitteilungen, Sonderheft Dezember 1997, S. 61.

Groß, Paul,

Unternehmen in der Krise, Erkennen und Bewältigen von Unternehmensschieflagen, WPg -Sonderheft 2003, S. 128.

Groß, Paul,

Anforderungen an Sanierungskonzepte, KSI 2007, S. 49.

Groß, Paul/Hess, Harald,

Die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzauslösungsgrund, WPg 1999, S. 422.

- Groß, Paul/Amen, Matthias,**
Die Erstellung der Fortbestehensprognose, WPg 2002 (A), S. 433.
- Groß, Paul/Amen, Matthias,**
Die Fortbestehensprognose - Rechtliche Anforderungen und deren betriebswirtschaftliche Grundlagen, WPg 2002 (B), S. 225.
- Groß, Paul/Amen, Matthias,**
Das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ im Rahmen der Glaubhaftmachung einer Fortbestehensprognose, WPg 2003, S. 67.
- Groß, Paul/Amen, Matthias,**
Going-Concern-Prognosen im Insolvenz- und Bilanzrecht, DB 2005, S. 1861.
- Großfeld, Bernhard,**
Immer langsam voran - aber doch weiter - Bilanzrechtsreformgesetz, NZG 2004, S. 393.
- Grub, Volker,**
Überjustizialisierung und die Eigenverwaltung des Pleitiers, WM 1994, S. 880.
- Grube, Andreas/Maurer, Frank,**
Zur strafbefreienden Wirkung des Insolvenzantrags eines Gläubigers zugunsten des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2003, S. 1461.
- Gruhler, Wolfram,**
Unternehmensrenditen und Eigenkapitalausstattung im internationalen Vergleich, AG 1984, S. 100.
- Grunewald, Barbara/Noack, Ulrich,**
Zur Zukunft des Kapitalsystems der GmbH - Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbHR 2005, S. 189.
- Gude, Hardy,**
Eigenkapital als Schutz gegen die Insolvenzanfälligkeit deutscher Unternehmen, KSI 2008, S. 124.

Gude, Hardy,

Zahlungsfähigkeit des Mittelstands in Gefahr, KSI 2009, S. 32.

Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhard/Strandmann, Uwe,

Die Insolvenzverwaltung nach den Änderungen durch das MoMiG, NZI 2008, S. 647.

Gutenberg, Erich,

Die Struktur der Bilanzwerte, ZfB 1926, S. 497.

Haack, Michael,

Bewertungsprobleme bei der Überschuldungsfeststellung, BB 1981, S. 883.

Haarmeyer, Hans/Suvacarevic, Stefan,

Praxis der Abweisung mangels Masse, ZInsO 2006, S. 953.

Haarmeyer, Hans/Beck, Julian,

Die Praxis der Abweisung mangels Masse oder der Verlust der Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts, ZInsO 2007, S. 1065.

Haarmeyer, Hans/Beck, Julian/Frind, Frank,

Die Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts im Lichte der Statistik insolvenzgerichtlicher Eröffnungsquoten, ZInsO 2008, S. 1178.

Haas, Sebastian,

Die Pensionsrückstellung nach BilMoG als Ratingrisiko - Ende der Einheitsbilanz führt bei Mandanten zu höheren Kosten, NWB-BB 2009, S. 348.

Haas, Ulrich,

Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, DStR 2006, S. 993.

Haenecke, Hendrik,

Methodenorientierte Systematisierung der Kritik an der Erfolgsfaktorenforschung, ZfB 2002, S. 165.

Häsemeyer, Ludwig,

Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, S. 507.

Hanisch, Hans,

Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts, ZZP 90, 1977, S. 1.

Hansen, Herbert,

Die GmbH baut ihren Vorsprung als umsatzstärkste Rechtsform aus, GmbHR 1991, S. 192.

Hansen, Herbert,

Der GmbH-Bestand stieg 1995 auf 650.000 Gesellschaften an, GmbHR 1995, S. 507.

Hansen, Herbert,

Die GmbH als weiterhin umsatzstärkste Unternehmensgruppe, GmbHR 1999, S. 24.

Harz, Michael,

Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung unter Berücksichtigung der Änderungen nach dem neuen Insolvenzrecht, ZInsO 2001, S. 193.

Harz, Michael/Baumgartner, Uwe/Conrad, Günter,

Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung - Stand und Sichtweisen nach knapp sieben Jahren Insolvenzordnung, ZInsO 2005, S. 1304.

Hasenack Wilhelm,

Krisenbilanzierung und Tageswertidee, DBW, 1932, S. 55.

Haunschild, Ljuba,

Eigenkapitalausstattung der kleinen und mittleren Unternehmen, IfM-Bonn, Working Paper Februar 2008.

Hauschildt, Jürgen,

Die Feststellung der Unternehmenskrise, KSI 2008, S. 5.

- Havermann, Hans,**
Zur Publizitätsfreudigkeit deutscher Aktiengesellschaften, WPg 1963, S. 193.
- Havermann, Hans,**
Entwicklungstendenzen in Rechnungslegung und Prüfung in nationaler und internationaler Sicht, WPg 1981, S. 564.
- Heckschen, Heribert,**
Gründungserleichterungen nach dem MoMiG - Zweifelsfragen in der Praxis, DStR 2009, S. 166.
- Heidinger, Andreas,**
Der Kapitalschutz der GmbH auf dem Prüfstand, DNotZ 2005, S. 97.
- Hennerkes, Brun-Hagen, May Peter,**
Als GmbH und KG an die Börse, DB 1989, S. 1709.
- Henschel, Thomas,**
Empirische Untersuchung zum Risikomanagement im Mittelstand, CM 2003, S. 523.
- Henschel, Thomas,**
Risikomanagement Typologie, eine empirische Untersuchung an deutschen KMU, ZRFC 2008, S. 149.
- Henzel, Fritz,**
Gegenwartsprobleme im Lichte der Organischen Bilanzlehre, ZfB 1952, S. 135.
- Hermes, Georg/Weiland, Joachim,**
Gestaltung von Risikomanagementsystemen im Mittelstand, KSI 2007, S. 61.
- Hertel, Guido,**
Wie der Rechnungshof die Staatsfinanzen kontrolliert, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25.01.1961.
- Hertling, Jens,**
Die Versager in der Chefetage, Managementfehler sind nach Erkenntnissen von Experten der häufigste Insolvenzgrund, INDat-Report 7/2003, S. 6.

Heublein, Gerrit,

Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO - eine Antwort, neue Fragen, KSI 2006, S. 12.

Heublein, Gerrit,

Aktuelle Rechtsprechung zur Krisen- Sanierungs- und Insolvenzpraxis, KSI 2008, S. 182.

Hillmer, Hans-Jürgen,

Managementfehler als Insolvenzgründe, KSI 2006, S. 233.

Hirte, Heribert,

Stellungnahme zum RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) für den Deutschen Bundestag, Sitzung des Rechtsausschusses am 23.01.2008, ZInsO 2008, S. 146.

Hirte, Heribert,

Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, S. 689.

Hirte, Heribert,

Die Unternehmergesellschaft (UG) nach dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, S. 933.

Hirte, Heribert,

Scheitern als Chance, Financial Times Deutschland vom 20.02.2009, S. 10.

Hirte, Heribert/Knof, Bela/Mock, Sebastian,

Überschuldung und Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZInsO 2008, S. 1217.

Hitz, Jörg-Markus,

Fair value in der IFRS - Rechnungslegung - Konzeption, Inhalt und Zweckmäßigkeit -, WPg 2005, S. 1013.

Holzer, Johannes,

Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen aus Sicht der gerichtlichen Praxis, NZI 2005, S. 308.

Hommelhoff, Peter,

Frühwarnsysteme und Auslösemechanismen für das Insolvenzverfahren, ZfB 1984, S. 698.

Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph,

Für die „Europa-GmbH“ schlägt die Stunde des Bundestags, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.06.2011, S. 23.

Hopp, Kai Ullrich,

Gestaltungsaufgabe Geschäftsordnung: Möglichkeiten der Enthftung Einzelner?, GmbH-Steuerpraxis 2000, S. 266.

Höschel, Reinhold/Giebel, Stefan/Karrenbauer, Ulrike,

Stand und Entwicklungstendenzen des industriellen Risikomanagements - Teil 1, ZRFC 2006, S. 149, Teil 2, ZRFC 2007, S. 5.

Huber, Ernst Rudolf,

Der Streit um die Wirtschaftsverfassung, DÖV 1956, S. 97.

Huth, Mark-Alexander,

Grundsätze ordnungsmäßiger Risikoüberwachung, BB 2007, S. 2167.

Hüttemann, Rainer,

BB - Gesetzgebungsreport: Internationalisierung des deutschen Handelsbilanzrechts im Entwurf des Bilanzrechtsreformgesetzes, BB 2004, S. 203.

- Hütten, Karlheinz/Lorson, Christoph,**
Internationale Rechnungslegung in Deutschland, Betrieb und Wirtschaft 2000, S. 521.
- Ifftner, Angelika,**
Praxiserfahrungen zur Rolle der Banken im Restrukturierungsprozess, KSI 2008, S. 269.
- Jagenburg, Walter,**
Aktienrecht als Organisationsrecht, AG 1965, S. 156.
- Janberg, Hans,**
Aufsichtsratsausschüsse nach altem und neuem Aktienrecht, AG 1966, S. 1.
- Jensen, Michael/Meckling, William,**
Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, Journal of Financial Economics 1976, S. 305.
- Jessen, Ulf/Weller, Heino,**
Fortentwicklung des deutschen Bilanzrechts - Die Möglichkeiten eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes für den Einzelabschluss (Teil 1), DStR 2005, S. 489.
- Jung, Burkhard,**
Der Nachweis der nachhaltigen Zahlungsunfähigkeit, KSI 2007, S. 223.
- Junge, Werner,**
Die Zukunft der GmbH in der Europäischen Gemeinschaft, GmbHHR 1992, S. 225.
- Kahler, Ulrich,**
Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung, BB 1985, S. 1429.
- Keller, Bernd,**
Bilanzrechtsreformgesetz, BFD 2004, S. 1.

Kempter, Fritz-EckehardKopp, Stephan,

Hinweise zur Gestaltung der Satzung einer Rechtsanwalts-AG, NJW 2001, S. 777.

Kilger, Joachim,

Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, S. 142.

Kind, Thomas,

Insolvenzrechtliche Änderungen durch das MoMiG, NZI 2008, S. 475.

Kirchhof, Hans-Peter,

Von Denkmälern und Dauerbaustellen, ZInsO 2008, S. 395.

Kirsch, Hans-Jürgen,

Vom Bilanzrichtlinien-Gesetz zum Transparenz- und Publizitätsgesetz - die Entwicklung der deutschen Bilanzierungsnormen in den vergangenen 20 Jahren, WPg 2002, S. 743.

Kirstein, Joachim Peter,

Langzeitstudie KDLB (Kaufmännische Dienstleistungsgesellschaft Berlin), ZInsO 2006, S. 966.

Knop, Carsten,

Der Ärger über die Banken wird größer, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

Kornblum, Udo,

Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbHR 2006, S. 28.

Körnert, Jan/Wagner, Kristin,

Verlängerte Befristung der Überschuldungsdefinition der InsO nach dem FMStG durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen - eine kritische Stellungnahme, ZInsO 2009, S. 2131.

Kropff, Bruno,

Bilanzwahrheit und Ermessensspielraum in den Rechnungslegungsvorschriften des Aktiengesetzes 1965, WPg 1966, S. 369.

Kropff, Bruno,

Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, S. 1281.

Krümmel, Hans-Jacob,

Grundsätze der Finanzplanung, ZfB 1964, S. 225.

Kußmaul, Heinz,

Grundlagen für die internationale Rechnungslegung, Der Steuerberater 2000, S. 342.

Kußmaul, Heinz/Tcherveniachki, Vassil,

Entwicklung der Rechnungslegung mittelständischer Unternehmen im Kontext der Internationalisierung der Bilanzierungspraxis, DStR 2005, S. 616.

Küting, Karlheinz,

Auswirkungen der siebten EG-Richtlinie auf die Rechnungslegung im internationalen Konzern, BFuP 1984, S. 323.

Küting, Karlheinz,

Einzelgesellschaftliche Rechnungslegung, in: Küting, Karlheinz/Schnorbus, Axel (Hrsg.), Betriebswirtschaftslehre heute - Frankfurter Allgemeine Zeitung, Für die Aufgaben der Praxis, Blick durch die Wirtschaft, 1992, S. 120.

Küting, Karlheinz,

Europäisches Bilanzrecht und Internationalisierung der Rechnungslegung, BB 1993, S. 30.

Küting, Karlheinz,

Die Rechnungslegung in Deutschland an der Schwelle zu einem neuen Jahrtausend - Bestandsaufnahme und Ausblick -, DStR 2000, S. 38.

Küting, Karlheinz,

Auf der Suche nach dem richtigen Gewinn - Die Gewinnkonzeption von HGB und IFRS im Vergleich -, DB 2006, S. 1441.

Küting, Karlheinz/Gattung, Andreas,

Der Principle-Override nach IFRS - vom Mythos einer fairen Rechnungslegung, PIR 2006, S. 33.

Küting, Karlheinz/Gattung, Andreas/Keßler, Marco,

Zweifelsfragen zur Konzernrechnungslegungspflicht in Deutschland (Teil II), DStR 2006, S. 579.

Küting, Karlheinz/Reuter, Michael/Zwirner, Christian,

Erfolgsrechnungen in deutschen Jahresabschlüssen: Umsatzkosten- versus Gesamtkostenverfahren - Anwendungshäufigkeit in Deutschland, StuB 2006, S. 85.

Langen, Heinz,

Betriebliche Zahlungsströme und ihre Planung in dynamischer Sicht, ZfB 1965, S. 261.

Lehmann, Max-Rudolf,

Die Quintessenz der Bilanztheorie, ZfB 1955, S. 537.

Leibfried, Peter,

Ausgewählte Problemfelder der Internationalen Rechnungslegung nach IAS, Stbg 2003, S. 211.

Leibner, Wolfgang,

Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei drohender Insolvenz, GmbHR 2002, S. 424.

Loeber, Ralf/Weniger, Stefan,

Die Bewältigung der Ertragskrise, KSI 2007, S. 120.

Lübchen, Gustav-Adolf/Landfermann, Hans-Georg,

Das neue Insolvenzrecht der DDR, ZIP 1990, S. 829.

Lüdenbach, Norbert/Hoffmann, Wolf-Dieter,

Die wichtigsten Änderungen der HGB-Rechnungslegung durch das BilMoG, StuB 2009, S. 287.

Ludewig, Rainer,

Die Einflüsse des „true and fair view“ auf die zukünftige Rechnungslegung, AG 1987, S. 12.

Lutter, Marcus,

Gesetzliches Garantiekapital als Problem europäischer und deutscher Rechtspolitik, AG 1998, S. 375.

Lutter, Marcus,

Zahlungseinstellung und Überschuldung unter der neuen Insolvenzordnung, ZIP 1999, S. 641.

Lutter, Marcus,

Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers: 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, S. 301.

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Timm, Wolfram,

Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft, BB 1980, S. 737.

Maul, Karl-Heinz,

Die §§ 283 ff. StGB als Grundlage für die Ableitung von Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung, DB 1979, S. 1757.

Mayr, Gunter,

Anpassungsverpflichtungen: Handels- und Steuerbilanz auf Distanz, BB 2002, S. 2323.

Mellwig, Winfried,

Rechnungslegungszwecke und Kapitalkonten bei Personengesellschaften, BB 1979, S. 1409.

Menger, Hans-Peter,

Das Rechnungswesen der GmbH und seine Umstellung nach dem Bilanzrichtliniengesetz, GmbHR 1984, S. 226.

Mertens, Hans-Joachim,

Anwendbarkeit von § 92 Abs. 1 AktG im Vergleichsverfahren?, AG 1983, S. 173.

Merz, Friedrich/Gottschalk, Michael,

Die GmbH im Jahr 2006 - ein Ausblick, GmbHR 2006, S. R001.

Meyer, Susanne,

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Gläubigerinteressen - Veränderungen durch das MoMiG, BB 2008, S.1742.

Meyer, Klaus,

Der Regierungsentwurf des Bilanzrechtsreformgesetzes (BilReG): Wichtige Neuerungen in der externen Rechnungslegung, DStR 2004, S. 971.

Meyer, Justus,

Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung, Teil I und II, GmbHR 2002, S. 177.

Meyer, Justus,

Die Insolvenzanfälligkeit der GmbH als rechtspolitisches Problem, GmbHR 2004, S. 1417.

Moxter, Adolf,

Die Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung und der Stand der Bilanztheorie, ZfbF 1966, S. 28.

Moxter, Adolf,

Der Einfluss der EG - Bilanzrichtlinie auf das Bilanzsteuerrecht, BB 1978, S. 1629.

Moxter, Adolf,

Die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und das neue Bilanzrecht, ZGR 1980, S. 254.

Moxter, Adolf,

Zum neuen Bilanzrechtsentwurf, BB 1985, S. 1101.

Moxter, Adolf,

Die Zukunft der Rechnungslegung? - Anmerkungen zu den Thesen eines Arbeitskreises der Schmalenbach-Gesellschaft -, DB 2001, S. 605.

Mülbert, Peter,

Abschied von der „TBB“-Haftungsregel für den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern, DStR 2001, S. 1937.

Mülbert, Peter,

Zukunft der Kapitalaufbringung/Kapitalerhaltung, Der Konzern 2004, S. 151.

Mülbert, Peter/Birke, Max,

Legal capital: Is there a case against European legal capital rules? European Business Organizational Law Review (EBOR), 2002, S. 714.

Müller, Weif,

Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals - Überlegungen zu den §§ 92 Abs. 1 AktG und 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1985, S. 191.

Müller, Stefan/Kreipl, Markus,

IDW zum BilMoG, Nachhaltigkeitsstandard, ZCG 2009, S. 184.

Müller, Stefan/Reinke, Jens,

Unterstützungspotenzial der Bilanzierung im Rahmen der Sanierung, KSI 2010, S. 101.

Mutze, Otto,

Zu den Bewertungsvorschriften unseres künftigen Aktienrechts, AG 1965, S. 3.

Mozany, Hussain Al,

Nach der Beschreibung des arabischen Geschichtsphilosophen Ibn Khaldun (1332–1406), Enkel der Revolution, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom .08.2003, S. 31.

Niehues, Michael,

EU-Rechnungslegungsstrategie und Gläubigerschutz, WPg 2001, S. 1209.

Niehus, Rudolf,

Die Gliederung der Ergebnisrechnung nach der 4. EG-Richtlinie bzw. nach dem Entwurf eines Bilanzrichtliniengesetzes - In Zukunft nur als Gesamtkostenverfahren? -, DB 1982, S. 657.

Niemeier, Wilhelm,

Die Steigerung der Aussagekraft des handelsrechtlichen Jahresabschlusses durch die Änderung der 4. und 7. Richtlinie, WPg 2006, S. 173.

Niemeier, Wilhelm,

Die „Mini-GmbH“ (UG) trotz Marktwende bei der Limited?, ZIP 2007, S. 1794.

Niesert, Burkhard,

Die Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO - Plädoyer für eine Neuorientierung, ZInsO 2001, S. 735.

Niessen, Hermann,

Die Regelungen der Europäischen Gemeinschaft über die Zulassung der Abschlussprüfer als Teil der Koordinierung des Gesellschaftsrechts, WPg 1984, S. 408.

Niggemann, Karl/Simmert, Diethard,

Möglichkeiten des Liquiditätsmanagements in der Unternehmenskrise, KSI 2009, S. 19.

Noack, Ulrich,

Reform des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts: Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, DB 2006, S. 1475.

Nöcker, Ralf,

Die stille Revolution im Rechnungswesen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14.01.2002, S. 11.

Nolting, Ekkehard,

Insolvenzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Flutkatastrophe, NZI 2003, S. 82.

Nolting, Ekkehard,

Das neue GmbH-Gesetz - Folgen für die Praxis, ZAP 2008, S. 567.

Olbrich, Thomas

Mittelstand wehrt sich gegen IFRS - Bilanzierung, Gespräch mit Standardsetzer verschoben, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.01.2011, S. 18.

Oberbeck, Petra/Winheller, Stefan,

Die gemeinnützige UG: Die Pflichtrücklage nach § 5a Abs. 3 GmbHG als Stolperstein?, DStR 2009, S. 516.

Oppenhoff, Christine,

Die GmbH-Reform durch das MoMiG - ein Überblick, BB 2008, S. 1630.

Palsherm, Ingo/Seiler, Stefan,

Implementierung eines betriebswirtschaftlichen Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems, KSI 2010, S. 29.

Pape, Gerhard,

Die Verfahrensabwicklung und Verwalterhaftung bei Masselosigkeit und Massearmut (Masseunzulänglichkeit de lege lata und de lege ferenda), KTS 1995, S. 189.

Pape, Gerhard,

Änderungen im Eröffnungsverfahren durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens, NZI 2007, S. 425.

Pape, Gerhard,

Haftungsrechtliche Folgen der Nichtinanspruchnahme von Gesellschaftsorganen und Geschäftsführern, ZInsO 2007, S. 1080.

Pape, Gerhard,

Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, S. 1949.

Pape, Gerhard,

10 Jahre Insolvenzordnung, ZInsO 2009, S. 1.

Paschke, Marian,

Die kommunalen Unternehmen im Lichte des GmbH-Konzernrechts, ZHR 1988, S. 263.

Paul, Holger,

Mittelstand löst sich von den Banken, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.11.2011, S. 14.

Paul, Uwe,

Die Rechtsprechung der Insolvenzgerichte zum Insolvenzplanverfahren, ZInsO 2004, S. 72.

Paulus, Christoph,

Fünf Jahre Insolvenzordnung, BB 2004, S. 1.

Paulus, Christoph,

Konturen eines modernen Insolvenzrechts - Überlappungen mit dem Gesellschaftsrecht, DB 2008, S. 2523.

Peemöller, Volker/Keller, Bernd,

Bestandsaufnahme zum EU-Grünbuch über Rolle, Stellung und Haftung des Abschlussprüfers in der Europäischen Union, DStR 1997, S. 895.

Pentz, Andreas/Priester, Hans-Joachim/Schwanna, Andre,

Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.): Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR 2006, S. 42.

Penzlin, Dietmar,

Kritische Anmerkungen zum Insolvenzeröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), NZG 1999, S. 1203.

Poertzgen, Christoph,

Die rechtsformneutrale Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO), ZInsO 2007, S. 574.

Poertzgen, Christoph,

Der 3-Wochen-Zeitraum im Rahmen der Antragspflicht (§ 15a InsO), ZInsO 2008, S. 944.

Poertzgen, Christoph,

Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung - Der Regierungsentwurf des MoMiG, NZI 2008, S. 9.

Poertzgen, Christoph,

Fünf Thesen zum neuen (alten) Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO n.F.), ZInsO 2009, S. 401.

Pottgießer, Gaby,

Die Zukunft der deutschen Rechnungslegung - Darstellung und Beurteilung der Referentenentwürfe zum Bilanzkontrollgesetz und Bilanzrechtsreformgesetz, StuB 2004, S. 166.

Preuß, Nicola,

Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der GmbH, JuS 1999, S. 342.

Priester, Hans-Joachim,

Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz - Zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, S. 533.

Probst, Hans-Jürgen,

Mehr angloamerikanische Rechnungslegung in der EG durch geänderte Verfahren?, BFuP 1992, S. 426.

Prühs, Hagen,

Der Regierungsentwurf eines Publizitätsgesetzes, AG 1965, S. 173 (Teil I), S. 218 (Teil II).

Rammert, Stefan,

Lohnt die Erhaltung der Kapitalerhaltung, BFuP 2004, S. 578.

Rattunde, Rolf,

Sanierung durch Insolvenz, ZIP 2003, S. 2103.

Rautenstrauch, Thomas/Wurm, Christian,

Stand des Risikomanagements in deutschen KMU, KSI 2008, S. 106.

Reize, Frank,

Investitionsfinanzierung im Mittelstand - Gibt es ausreichend Kredite für kleine und mittlere Unternehmen? Mittelstands- und Strukturpolitik (KfW-Research), 2005, S. 17.

Remme, Werner/Theile, Carsten,

Die Auswirkungen von „KonTraG“ und „KapAEG“ auf die GmbH, GmbHR 1998, S. 909.

Reuter, Alexander,

„Krisenrecht“ im Vorfeld der Insolvenz - das Beispiel der börsennotierten AG, BB 2003, S. 1797.

Richrath, Jochen,

Erste Erfahrungen mit dem deutschen Insolvenzrecht - eine Bestandsaufnahme, WM 2000, S. 1977.

Richter, Hans,

Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis, GmbHR 1984, S. 113.

Rickford, Jonathan,

“Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, European Business Law Review, 2004, S. 919.

Rieble, Volker,

10 Jahre ungenutztes Insolvenzarbeitsrecht, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 10.01.2009, S. C2.

Rokas, Alexandros,

Die „neue“ Legaldefinition der Überschuldung, ZInsO 2009, S. 18.

Romeike, Frank,

Frühaufklärungssysteme als wesentliche Komponente eines proaktiven Risikomanagements, Controlling 2005, S. 271.

Rosenzweig, Jochen,

Implementierungsstrategie als Erfolgsfaktor im Turnaround-Prozess, KSI 2007, S. 101.

Roth, Günter,

Unterkapitalisierung und persönliche Haftung, ZGR 1993, S. 170.

Roth, Günter,

Gläubigerschutz durch Existenzschutz, NZG 2003, S. 1081.

Sahner, Friedhelm/Kammers, Heinz,

Die Abgrenzung des Konsolidierungskreises nach der 7. EG-Richtlinie im Vergleich zum Aktiengesetz 1965 - ein Fortschritt?, DB 1983, S. 2149.

Schildbach, Thomas,

Die neue Generalklausel für den Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften: Zur Interpretation des § 264 Abs. 2 HGB, BFuP 1987, S. 1.

Schindhelm, Malte/Hellwege, Heiko/Stein, Klaus,

Die Publizität mittelständischer Unternehmen: Gläserne Taschen für alle? - Gestaltungsüberlegungen zur Vermeidung und Verminderung der Publizität, StuB 2000, S. 72.

Schmahl, Hermann-Josef,

Subsidiäres Insolvenzantragsrecht bei führungslosen juristischen Personen nach dem Regierungsentwurf des MoMiG - Versuch einer rechtzeitigen begrifflichen und sachlichen Klärung, Personen, NZI 2008, S. 6.

Schmalenbach, Eugen,

Die Abschreibung, ZfhF 1908, S. 81.

Schmalenbach, Eugen,

Über den Zweck der Bilanz, ZfhF 1910, S. 379.

Schmalenbach, Eugen,

Theorie der Erfolgsbilanz, ZfhF 1915, S. 379.

Schmalenbach, Eugen,

Grundlagen der dynamischen Bilanzlehre, ZfhF 1919, S. 1.

Schmalenbach, Eugen,

Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung, ZfhF 1933, S. 225.

Schmidt, Karsten,

Konkursgründe und präventiver Gläubigerschutz - Ein Beitrag zum Konkursgrund der Überschuldung, AG 1978, S. 334.

Schmidt, Karsten,

Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1980, S. 328.

Schmidt, Karsten,

Sinnwandel und Funktion des Überschuldungstatbestandes, JZ 1982, S. 165.

Schmidt, Karsten,

Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, ZGR 1998, S. 633.

Schmidt, Karsten,

Organhaftung in der Krise, WPg 2003, S. 141.

Schmidt, Karsten,

Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, S. 1072.

Schneider, Dieter,

Der Gewinnbegriff vor der Betriebswirtschaftslehre und die Substanzerhaltungsdiskussion heute, ZfbF 1976, S. 724.

Schön, Wolfgang,

Entwicklungen und Perspektiven der Handelsbilanz vom ADHGB zum IASC, ZHR 1997, S. 133.

Schröder, Friedrich,

Die steuerpflichtige und steuerbegünstigte GmbH im Gemeinnützigkeitsrecht, DStR 2008, S. 1069.

Schruff, Wienand,

Zur Aufdeckung von Top-Management-Fraud durch den Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Jahresabschlussprüfung, WPg 2003, S. 901.

Schuldt-Baumgart, Nicola,

Geldnot macht die Firmen erfinderisch, Mittelstand, Finanzierung und Beratung, Financial Times Deutschland vom 22.05.2009, S. 3.

Schulze-Osterloh, Joachim,

Grenzen des Gläubigerschutzes bei fahrlässiger Konkursverschleppung, AG 1984, S. 141.

Schulze-Osterloh, Joachim,

Internationale Rechnungslegung für den Einzelabschluss und für Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt nicht in Anspruch nehmen, ZIP 2003, S. 93.

Schulze-Osterloh, Joachim,

Vorschläge für ein Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, ZIP 2004, S. 1128.

Schwantag, Karl,

Eigenkapital als Risikoträger, ZfhF 1963, S. 218.

Seibert, Ulrich,

GmbH-Reform und alternative Konzepte, GmbHR 2006, S. R 241.

Seibert, Ulrich,

Der Regierungsentwurf des MoMiG und die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft, GmbHR 2007, S. 673.

Selch, Barbara,

Die Entwicklung der gesetzlichen Regelungen zum Lagebericht seit dem Aktiengesetz von 1965 bis zum KapCoRiLiG von 2000, WPg 2000, S. 357.

Skaupy, Walther,

Europäisches Gesellschaftsrecht - Eine Betrachtung über die Harmonisierungsbestrebungen in der EWG, AG 1966, S. 13.

Smid, Stefan,

10 Jahre Insolvenzordnung - (k)ein trauriger Rückblick aus Sicht der Kreditinstitute(!)?, DZWIR 2009, S. 397.

Staufenbiehl, Peter/Hoffmann, Volker,

Die Ermittlung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, ZInsO 2008, S. 785.

Steffan, Bernhard,

Sanierung in der Insolvenz, WPg 2003, S. 148.

Steffek, Felix,

Zustellungen und Zugang von Willenserklärungen nach dem Regierungsentwurf zum MoMiG, BB 2007, S. 2077.

Stein, Ursula,

Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148, 1984, S. 207.

Steiner, Eberhard/Gross, Beatrix,

Auswirkungen des Bilanzrechtsreformgesetzes auf die Rechnungslegung, StuB 2004, S. 551.

Stock, R Emmert,

Wahl der Rechtsform im gemeinnützigen Nonprofit-Bereich, NZG 2001, S. 440.

Streit, Georg/Bürk, Fabian,

Keine Entwarnung bei der Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall, DB 2008, S. 742.

Strobl, Elisabeth,

Plädoyer für das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip in der Steuerbilanz, StbJb 1994/1995, S. 77.

Stützel, Wolfgang,

Bemerkungen zur Bilanztheorie, ZfB 1967, S. 314.

Theusinger, Ingo/Liese, Jens,

Besteht eine Rechtspflicht zur Dokumentation von Risikoüberwachungssystemen im Sinne des § 91 II 1 AktG?, NZG 2008, S. 289.

Thümmel, Roderich,

Aufgaben und Haftungsrisiken des Managements in der Krise des Unternehmens, BB 2002, S. 1105.

Tubbesing, Günter,

„A true and Fair View“ im englischen Verständnis und die 4. EG-Richtlinie, AG 1979, S. 91.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, S. 897.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Gesetzliche Konkursantragspflichten und Sanierungsbemühungen, ZIP 1980, S. 73.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Das neue Insolvenzrecht als Herausforderung für die Beratungspraxis, BB 1998, S. 2009.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Die Bedeutung des neuen Insolvenzrechts für GmbH-Geschäftsführer, GmbHR 1999, S. 313.

Uhlenbruck, Wilhelm,

Fünf Jahre Insolvenzordnung - Meilensteine in der Praxis, BB - Special 2004, S. 2.

Unkelbach, Peter,

Rechtsformen und Steuern in Deutschland - Aufsatz in chinesischer Sprache veröffentlicht in der chinesischen Handelszeitung - Ausgabe 181, 2006.

Van Hulle, Karel,

Von den Bilanzierungsrichtlinien zu International Accounting Standards, WPg 2003, S. 968.

Veil, Rüdiger,

Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht - Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, S. 374.

Vetter, Jochen,

Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung, ZGR 2005, S. 788.

Vieth, Hendrik/Schulze-Jander, Hendrick,

Die Rechtsanwalts-GmbH: ein Vertragsentwurf mit Erläuterungen, NZG 1999, S. 1128.

Von Strombeck, Josef,

Zur Bilanzaufstellung der Aktiengesellschaften, ZGH 1882, S. 459.

Von Arnim, Bernd,

Die Eigenfinanzierung: Definition und Darstellung, Wirtschaftsdienst: Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1974, S. 152.

Von der Heydt, Maria,

Gläubigerbenachteiligung und Insolvenzanfechtung, ZInsO 2008, S. 178.

Wälzholz, Eckhard,

Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, S. 1914.

Warrikoff, Alexander,

Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplan, KTS 1997, S. 527.

Weber, Robert/Brügel, Florian,

Die Haftung des Managements in der Unternehmenskrise: Insolvenz, Kapitalerhaltung und existenzvernichtender Eingriff, DB 2004, S. 1923.

Wellensiek, Jobst,

Weiter steigende Zahl der Insolvenzen bedingt durch Konjunktur und Managementfehler, BB 2003, S. 1.

Weller, Niels,

Eigenkapitalrelevante Aspekte der Reform des GmbH-Rechts, KSI 2008, S. 197.

- Wendtland, Klaus/Knorr, Liesel,**
Der Referentenentwurf des „Bilanzrechtsreformgesetzes“ - Darstellung der wesentlichen bilanzrechtlichen Änderungen des HGB und der Folgen für die IAS/IFRS - Anwendung in Deutschland, KoR 2004, S. 45.
- Werner, Kathrin,**
Scheitern als Chance, Financial Times Deutschland vom 20.02.2009, S. 10.
- Werner, Henning/Crone, Andreas,**
Operative Sanierung von Automobilzulieferbetrieben, KSI 2008, S. 162.
- Westermann, Harm Peter,**
Vernünftige kaufmännische Beurteilung, HURB 1986, S. 351.
- Westhausen, Hans-Ulrich,**
Das COSO-Modell: bisher nur eine Randerscheinung in Deutschland?, ZIR 2005, S. 98.
- Westrick, Ludger,**
Experience with successful reorganisations and insolvency plans, WPg 2003, S. 172.
- Wiesner, Peter,**
Corporate Governance und kein Ende, ZIP 2003, S. 977.
- Wiester, Roland,**
Die neue Insolvenzordnung, BC 1998, S. 65.
- Wilhelmi, Hans,**
Das neue Aktiengesetz, AG 1965, S. 153.
- Wimmer, Richard,**
Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers - insbesondere im Fall der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, NJW 1996, S. 2546.
- Wittkowsky, Dirk,**
BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, EWiR 1995, S. 785.

Wittmer, Norbert,

Unternehmenskrisen und Frühwarnsysteme in der Versicherungswirtschaft, ZVersWiss 1986, S. 133.

Wöber, Andre/Siebenlist, Oliver,

Erfolgsfaktoren der Sanierung von Mittel- und Kleinbetrieben, KSI 2009, S. 201.

Wöhe, Günter,

Bilanzpolitik, Möglichkeiten und Grenzen der Bilanzpolitik im geltenden und im neuen Bilanzrecht, DStR 1985, S. 715.

Zerres, Thomas,

Die Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung, Aufsatz, Internet, 2001.

Ziegenhagen, Andreas,

Die Insolvenzrechtsreform, gesetzliche Änderungen außerhalb der Insolvenzordnung EGIInsO, Vortrag vor dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V. am 27.1.1999 in der Industriekammer Berlin, 1999.

Zimmermann, Volker,

Immaterielle Vermögenswerte als Sicherheiten bei der Kreditvergabe, Mittelstands- und Strukturpolitik (Kfw-Research), 2007b, S. 80.

Zöller, Wolfgang,

Gesellschaftsrecht und Insolvenz - Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften, insbesondere bei der GmbH, Vortrag auf dem 2. Deutschen Insolvenzrechtstag am 11.03.2005 in Berlin, 2005.

Zwirner, Christian/Boecker, Corinna/Reuter, Michael,

Umstellung der Rechnungslegung von HGB auf IFRS - Theoretischer Überblick und Veranschaulichung in Form eines Fallbeispiels, KoR 2004, S. 217.

Zwirner, Christian/Künkele, Kai Peter,

Kein Raum für die Anwendung der IFRS for SMEs in
Deutschland, KoR 2009, S. 463.

III. Rechtsprechungsübersicht

Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

BVerfG vom 03.08.2004 - 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01, NZI 2004, S. 574.

Bundesgerichtshof (BGH)

BGH, Beschluss vom 27.11.1997, GSZ 1 u. 2/97, BB 1998, S. 438.

BGH, Beschluss vom 07.02.2002 - 1 StR 412/01, NSTZ 2002, S. 327.

BGH, Beschluss vom 14.01.2003 - 4 StR 336/02, LSK 2003, 420332 (Ls.).

BGH, Beschluss vom 30.01.2003 - 3 StR 437/02, LSK 2003, 400117 (Ls.).

BGH, Beschluss vom 13.09.2007 - 5 StR 292/07, LSK 2008, 030151 (Ls.).

BGH, Urteil vom 30.04.1959 - VIII ZR 179/58, WM 1959, S. 891, KTS 1960, S. 38.

BGH, Urteil vom 11.10.1961 - VIII ZR 113/60, NJW 1962, S. 102.

BGH, Urteil vom 09.07.1979 - II ZR 211/76, NJW 1979,
S. 1829.

BGH, Urteil vom 09.07.1979 - II ZR 118/77, NJW 1979,
S. 1829.

BGH, Urteil vom 27.10.1982 - VIII ZR 187/81, NJW 1983,
S. 676.

BGH, Urteil vom 10.01.1985 - IX ZR 4/84, NJW 1985, S. 1785.

BGH, Urteil vom 21.03.1988 - II ZR 194/87, NJW 1988,
S. 1789.

BGH, Urteil vom 11.07.1991 - IX ZR 230/90, ZIP 1991,
S. 1014.

BGH, Urteil vom 13.07.1992 - II ZR 269/91, NJW 1992,
S. 2891.

BGH, Urteil vom 01.03.1993 - II ZR 81/94, DStR 1994,
S. 1092.

BGH, Urteil vom 06.06.1994 - II ZR 292/91, GmbHR 1994,
S. 539, ZIP 1994, S. 1103.

BGH, Urteil vom 20.02.1995 - II ZR 9/94, NJW-RR 1995,
S. 669.

BGH, Urteil vom 24.10.1996 - IX ZR 284/95, ZIP 1996,
S. 2080.

BGH, Urteil vom 09.01.1997 - X ZR 1/96, ZIP 1997, S. 367.

BGH, Urteil vom 30.03.1998 - II ZR 146/96, DStR 1998, S.651.

BGH, Urteil vom 29.11.1999 - II ZR 273/98, ZIP 2000, S. 184.

BGH, Urteil vom 08.01.2001 - II ZR 88/99, ZIP 2001, S. 235.

BGH, Urteil vom 25.01.2001 - IX ZR 6/00, NZI 2001, S. 247.

BGH, Urteil vom 17.05.2001 - IX ZR 188/98, NZI 2001, S. 417.

BGH, Urteil vom 17.09.2001 - II ZR 178/99, NJW 2001, S. 3622, ZIP 2001, S. 1874.

BGH, Urteil vom 25.10.2001 - IX ZR 17/01, NZI 2002, S. 88.

BGH, Urteil vom 20.11.2001 - IX ZR 48/01, NZI 2002, S. 91.

BGH, Urteil vom 25.02.2002 - II ZR 196/00, DStR 2002, S. 1010.

BGH, Urteil vom 24.06.2002 - II ZR 300/00, NZI 2002, S. 626.

BGH, Urteil vom 07.07.2003 - II ZR 241/02, NZG 2003, S. 923, ZIP 2003, S. 1713.

BGH, Urteil vom 30.07.2003 - 5 StR 221/03, NZI 2004, S. 48.

BGH, Urteil vom 23.02.2004 - II ZR 207/01, WM 2004, S. 1075, BB 2004, S. 1240.

BGH, Urteil vom 13.12.2004 - II ZR 206/02, ZIP 2005, S. 117, DStR 2005, S. 162.

BGH, Urteil vom 07.03.2005 - II ZR 138/03, ZIP 2005, S. 807, NZG 2005, S. 482.

BGH, Urteil vom 18.04.2005 - II ZR 61/03, DStR 2005, S. 978,
ZIP 2005, S. 1026.

BGH, Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, S. 547,
ZInsO 2005, S. 807.

BGH, Urteil vom 09.08.2005 - 5 StR 67/05, NZG 2005, S. 892.

BGH, Urteil vom 22.09.2005 - IX ZB 55/04, NZI 2005, S. 676.

BGH, Urteil vom 12.10.2006 - IX ZR 228/03, NZI 2007, S. 38.

BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06, NJW 2007,
S. 2118.

BGH, Urteil vom 21.06.2007 - IX ZR 231/04, NZI 2007, S. 517.

BGH, Urteil vom 16.07.2007 - II ZR 3/04, NJW 2007, S. 2689.

BGH, Urteil vom 19.07.2007 - IX ZB 36/07, ZIP 2007, S. 1666.

BGH, Urteil vom 05.11.2007 - II ZR 262/06, NZI 2008, S. 126.

BGH, Urteil vom 07.01.2008 - II ZR 314/05, NZI 2008, S. 196.

BGH, Urteil vom 14.02.2008 - IX ZR 38/04, NZI 2008, S. 299.

BGH, Urteil vom 28.04.2008 - II ZR 264/06, DStR 2008,
S. 1293.

BGH, Urteil vom 29.05.2008 - IX ZR 42/07, BB 2008, S. 1755.

BGH, Urteil vom 02.06.2008 - II ZR 27/07, NZG 2008, S. 628.

BGH, Urteil vom 27.04.2009 - II ZR 253/07, DStR 2009,
S. 1384.

BGH, Urteil vom 05.11.2009 - IX ZR 233/08, NJW 2010,
S. 870.

BGH, Urteil vom 25.01.2011 - II ZR 196/09, WM 2011, S. 406.

Bundesfinanzhof (BFH)

BFH, Urteil vom 03.02.1993 - IR 37/91, BB 1993, S. 892.

BFH, Urteil vom 27.02.2007 - VII R 67/05, BB 2007, S. 1711.

BFH, Urteil vom 04.07.2007 - VII B 268/06, LSK 2007, 470208
(Ls.).

BFH, Urteil vom 04.12.2007 - VII R 18/06, LSK 2008, 150218
(Ls.).

BFH, Urteil vom 23.09.2008 - VII R 27/07, ZIP 2009, S. 122.

Oberlandesgerichte (OLG)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.1998 - 6 U 199/97, ZIP
1998, S. 2101.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.1998 - 22 U 25/98, GmbHR
1999, S. 479.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 22.12.1998 - 8 U 98/98, LSK
1999, 310062 (Ls.).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.02.1999 - 15 U 107/98, LSK
1999, 271261 (Ls.).

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.06.1999 - 6 U 65/97, LSK 2000, 030056 (Ls.).

OLG Celle, Urteil vom 13.04.2000 - 11 U 112/99, LSK 2000, 420288.

OLG Jena, Urteil vom 28.11.2001 - 4 U 234/01, GmbHR 2002, S. 112.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.06.2002 - 19 U 150/01, ZIP 2002, S. 2001.

OLG Koblenz, Urteil vom 27.02.2003 - 5 U 917/02, DB 2003, S. 712.

BayObLG, Urteil vom 20.02.1997 - 5 St RR 159/96, BB 1997, S. 850.

Andere Gerichte

LG Dortmund, Urteil vom 23.09.1985 - 9 T 560/85, ZIP 1985, S. 1341.

LG Hamburg, Urteil vom 16.03.2001 – 303 O 310/00 ZIP 2001, S. 711.

LG München I, Urteil vom 05.04.2007 - 5 HKO 15964/06, BB 2007, S. 2170.

LAG Köln, Urteil vom 20.06.2003 - 4 Sa 128/03, ZIP 2003, S. 1893.

AG Darmstadt, Beschluss vom 20.02.1999 - 9 IN 1/99, ZIP 1999, S. 1494.

AG Köln, Beschluss vom 09.06.1999 - 73 IV 16/99, NZI 2000, S. 89.

AG Duisburg, Beschluss vom 01.09.2002 - 62 IN 167/02, ZIP 2002, S. 1636.